

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 239.650 du 26 octobre 2017

G./A.216.086/VI-20.475

En cause : **1. la société anonyme ONDERNEMINGEN JAN DE NUL,**
2. la société anonyme STRABAG BELGIUM,

ayant élu domicile chez
M^e Virginie DOR, avocat,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles,

contre :

**Association hospitalière de Bruxelles- le Centre Hospitalier
Universitaire Jules Bordet,**
en abrégé C.H.U. Jules Bordet,

ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL et
Valentine DE FRANQUEN, avocats,
place Flagey 17/5
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête recommandée à la poste le 8 juin 2015, la société anonyme ERAERTS DRAGAGES ET ENTREPRISES, la société anonyme ONDERNEMINGEN JAN DE NUL et la société anonyme STRABAG BELGIUM demandent l'annulation de "la décision de la partie adverse du 27 mars 2015 par laquelle elle a décidé d'attribuer à la société momentanée composée des sociétés CFE, BLATON et ENTREPRISES LOUIS DE WAELE, le lot 1 «Gros-œuvre fermé» du marché de travaux ayant pour objet la « construction du nouvel Institut Jules Bordet, sur le campus universitaire d'Anderlecht », et, par voie de conséquence, de ne pas [leur] attribuer [...] le marché".

II. Procédure

Un arrêt n° 237.345 du 10 février 2017 a ordonné la réouverture des débats et a chargé le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, de déposer un rapport complémentaire.

Cet arrêt a été notifié aux parties.

M. Eric THIBAUT, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 13 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 31 août 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 octobre 2017 à 10 heures.

M. David DE ROY, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Charles-Henri DE LA VALLEE POUSSIN, *loco* M^e Virginie DOR, avocat, comparaisant pour les parties requérantes et M^e Patrick THIEL, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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. Exposé des faits et rappel des antécédents de la procédure

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

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

la forme d'une adjudication publique ouverte.

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

Des avis rectificatifs sont publiés au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne.

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

" 01.7.3. Éléments de radioprotection

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

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

01.7.3.1.1 Composition

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

- Blocs sur plans appelés « V5 » à densité minimale $\rho = 5,0 \text{ g/cm}^3$

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

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

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

Il ressort d'un extrait du métré estimatif, qui constitue la pièce 5 du dossier administratif, que le prix unitaire (par mètre cube, en l'occurrence) pour la fourniture et la pose des blocs V5 a été estimé à 800 € et que la quantité présumée l'a été à 337 m³. Les écrits de procédure révèlent que cette estimation émane d'un bureau d'études spécialisé en charge de la mission de maîtrise d'ouvrage, la société T.P.F. ENGINEERING en l'occurrence.

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

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

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

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

7. L'arrêt n° 237.345, prononcé par le Conseil d'Etat le 10 février 2017, ordonne la réouverture des débats en la présente cause, invitant, d'une part, le membre de l'auditorat, désigné par l'Auditeur général, à rédiger un rapport complémentaire et, d'autre part, chacune des parties à déposer un dernier rapport complémentaire.

Il constate notamment ce qui suit:

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

postérieure à l'adoption de la décision d'attribution du marché litigieux.

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

IV. Identification des requérantes

En cours d'instance, la société anonyme ERAERTS DRAGAGES ET ENTREPRISES a fait l'objet d'une absorption par la société anonyme ONDERNEMINGEN JAN DE NUL, de sorte qu'il n'y a plus que deux requérantes à la cause.

V. Recevabilité du recours quant à son objet

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par les requérantes, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de leur attribuer le marché litigieux.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux aux requérantes, la demande est irrecevable.

VI. Moyen unique

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes soulèvent un moyen unique pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes d'égalité entre les soumissionnaires, de transparence et de libre concurrence dans les marchés publics, du principe de légitime confiance, de l'article 4 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, 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 9, § 2, alinéa 1^{er}, 21, §§ 1^{er} et 3, 95, §§ 3 et 4, et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'erreur manifeste d'appréciation, des articles 2 et 3 de la loi du 21 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'excès de pouvoir. Elles y exposent en substance que l'acte attaqué attribue le marché aux adjudicataires dont l'offre propose la fourniture de blocs à haute densité à un prix unitaire de 1.163,00 euros alors que ce prix unitaire, soit constitue un prix anormalement bas qui aurait dû justifier l'écartement de l'offre des adjudicataires, soit révèle le fait que l'offre de ces derniers propose des blocs différents de ceux qui étaient exigés par le cahier spécial des charges.

Elles développent ce moyen en faisant valoir, à titre principal, que la jurisprudence du Conseil d'État est fixée en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur est tenu de se livrer à une analyse de la régularité des offres, et notamment de leur prix et que, sur cet aspect, la vérification doit être effectuée poste par poste, que, dans cet exercice, les prix généralement constatés sur le marché, mais également les offres des autres soumissionnaires, sont reconnus comme des éléments pertinents à l'aune desquels il y a lieu d'apprécier le caractère normal d'un prix présenté dans une offre, que, dans la détermination du caractère normal d'un prix, le pouvoir adjudicateur dispose d'un important pouvoir d'appréciation, qu'en l'espèce, il ne fait aucun doute qu'en n'actionnant pas la procédure de vérification des prix de l'adjudicataire dans un premier temps, et en n'écartant pas leur offre dans un second temps, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation. Les requérantes indiquent qu'elles ont fixé, dans leur offre, le prix unitaire de la fourniture et la pose de blocs de maçonneries de type "V5" à 6.758,79 euros/m³ sur la base du devis établi par la société VERITAS,

société qui avait été renseignée par le pouvoir adjudicateur, que, à l'exception du fournisseur Garrot-Chaillac qui proposait un prix unitaire deux fois plus élevé, les requérantes ne sont parvenues à trouver aucun autre fournisseur de blocs "V5", qu'un de leurs concurrents a rencontré les mêmes difficultés en ne trouvant, comme fournisseur de blocs "V5", que la société VERITAS, que la partie adverse elle-même n'a pu répondre à la première question posée par un soumissionnaire concurrent ("pourriez-vous nous indiquer précisément la société et les personnes de contacts nous permettant de nous procurer ces blocs?") qu'en communiquant les coordonnées de la seule société VERITAS auprès de laquelle elles ont finalement dû se résoudre à se fournir, que la partie adverse reconnaissait en outre, dans sa réponse, que VERITAS était le fournisseur qu'elle avait consulté dans le cadre de la préparation du marché, que, pour proposer un prix unitaire de 6.758,79 euros/m³, elles ont dû consentir un certain effort et tabler sur une remise de 20 % que leur proposerait VERITAS, qu'elles observent encore que le prix unitaire proposé par Galère dans son offre, (à savoir 7.356,00 euros/m³), était très similaire au leur, qu'il est impossible que les adjudicataires aient pu proposer, pour le poste litigieux, un prix unitaire de 1.163,19 euros/m³, soit 6 fois inférieur à celui proposé par elles et 7 fois inférieur à celui proposé par Galère, qu'un tel prix constitue incontestablement un prix anormalement bas compte-tenu des prix de ventes pratiqués par les deux fournisseurs de blocs "V5" sur le marché, et compte-tenu surtout du très faible nombre de fournisseurs proposant ce produit. Les requérantes poursuivent en exposant que, dans son arrêt n° 231.227, rendu dans le cadre de la procédure en suspension d'extrême urgence, introduite par un autre soumissionnaire, le Conseil d'État a rejeté le troisième moyen pris du caractère anormal du prix de l'offre remise par les adjudicataires pour le poste litigieux en considérant que, la partie adverse ayant estimé le prix de ce poste à 800,00 euros/m³ dans son métré estimatif, le prix de 1.163,19 euros/m³ proposé par les adjudicataires n'était en rien anormal, qu'interrogée à cet égard par l'auditorat, la partie adverse aurait déclaré qu'elle avait effectué son estimation avec l'aide d'un bureau d'études spécialisé qui se serait lui-même informé auprès d'une "société spécialisée", que cette société spécialisée n'est autre que VERITAS que la partie adverse affirme avoir consulté, que, VERITAS leur a remis et à Galère une offre portant sur un prix unitaire de plus de 7.000,00 euros/m³, qu'il est incompréhensible que la partie adverse ait pu évaluer le poste litigieux à un prix unitaire de 800,00 euros/m³ dans son métré estimatif, qu'il convient donc de constater que, comme le Conseil d'État en admettait la possibilité dans son arrêt n° 231.227, l'estimation de ce poste litigieux est elle-même entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, que, la partie adverse ayant consulté ce fournisseur et l'ayant de surcroît renseigné aux soumissionnaires, elle devait nécessairement tenir compte de ses prix dans son estimation, qu'elle ne pouvait pas ignorer les prix de ce fournisseur

pour reprendre, dans son estimation un prix 10 fois inférieur et ne pas constater que le prix des adjudicataires était bien plus bas que le prix du fournisseur qu'elle avait elle-même consulté et renseigné aux soumissionnaires, que l'estimation de la partie adverse - 10 fois inférieure au prix du fournisseur qu'elle a consulté - est donc manifestement entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, voire d'une erreur matérielle, que, dans la mesure où cette estimation était manifestement faussée, la vérification des prix qui en a résulté - et qui a conduit à accepter des prix manifestement anormalement bas - est également viciée.

A titre surabondant, les requérantes soutiennent que, si le prix de l'offre des adjudicataires relatif aux blocs à haute densité est anormalement faible, il en va de même du montant global de l'offre des adjudicataires (47.823.402,11 euros), lequel est inférieur de plus de 20.000.000 d'euros au montant estimé du marché qui aurait été fixé à 68.000.000,00 euros, qu'à cet égard, l'on relève également que le poste "menuiseries extérieures" représentait 14.521.051,74 euros dans l'offre des adjudicataires contre 19.724.107,93 euros dans leur offre, soit une différence de plus de 36 %, qu'il en va encore de même pour les portes blindées coulissantes des locaux radio-protégés représentant 55.509,15 euros et 69.028,60 euros dans l'offre des adjudicataires contre 97.941,12 euros et 122.617,41 euros dans leur offre, soit une différence respective de 77 % et 36 % et que la partie adverse a donc manifestement méconnu les dispositions et principes visées au moyen dans le cadre de son analyse de l'offre des adjudicataires.

A titre subsidiaire, les parties requérantes affirment que, si les adjudicataires étaient en mesure de justifier le prix proposé pour le poste relatif aux blocs à haute densité, *quod non*, il ne ferait alors aucun doute que les adjudicataires auraient établi leur offre en proposant, pour ce poste, un matériau différent des blocs "V5" d'une densité de 5g/cm³ exigés par le cahier spécial des charges, qu'il ne fait aucun doute que la prescription imposant l'utilisation de blocs V5 de densité de 5g/cm³ pour la fourniture de blocs à haute densité, constitue bien une prescription essentielle, les requérantes rappellent l'importance que ces matériaux revêtent pour assurer la radioprotection des différentes pièces du bâtiment qui accueillera le futur institut, qu'il est ainsi incontestable que le respect de la prescription du cahier spécial des charges qui fixe la nature ("V5") et la densité (5g/cm³) de ces blocs, est déterminant pour la bonne exécution du marché, qu'il n'est pas davantage contestable que, compte-tenu du prix élevé de ces blocs, le recours à tout autre matériau alternatif mettrait le soumissionnaire qui y fait appel dans une situation plus favorable que ceux qui auraient fait l'effort de respecter les prescriptions du cahier spécial des charges sur ce point, qu'à la lumière de la réponse négative fournie le 15 décembre 2014 par le

pouvoir adjudicateur à la question de savoir s'il était possible d'autoriser des variantes pour le poste relatif à l'achat des blocs à haute densité, il apparaît que le pouvoir adjudicateur entendait conférer un caractère essentiel à la prescription correspondante du cahier spécial des charges, qu'en ne décidant pas de déclarer l'offre des requérantes irrégulière, la partie adverse a donc méconnu l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Selon les requérantes, le fait, pour les adjudicataires, d'avoir proposé, pour les blocs "V5", un matériau différent de celui qui était précisément prescrit, constitue une variante, étant l'exécution du marché selon un procédé technique ou avec d'autres matériaux que ceux prescrits par le cahier spécial des charges, alors qu'aux termes de l'article 9, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les variantes libres ne sont pas autorisées en adjudication, comme l'a rappelé le pouvoir adjudicateur lui-même dans ses réponses aux soumissionnaires du 15 décembre 2015, et que les adjudicataires n'ont pas proposé d'offre de base, ce qui rend encore leur offre irrégulière. Les requérantes relèvent que, sans devoir même s'interroger sur la question de savoir si la stipulation du cahier spécial des charges relative aux blocs de haute densité était essentielle ou si le matériau proposé constituait une variante libre, l'auteur de l'acte attaqué aurait dû motiver, dans l'acte attaqué, les raisons pour lesquelles il a décidé de retenir l'offre des adjudicataires alors que celle-ci dérogeait manifestement au cahier spécial des charges en prévoyant un matériau différent de celui qui était prescrit et que l'acte attaqué ne comporte aucune motivation des raisons pour lesquelles il a, le cas échéant, admis que l'offre des adjudicataires déroge au cahier spécial des charges en prévoyant un matériau autre que les blocs "V5" de 5g/cm³ prescrits.

B. Mémoire en réponse

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

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

Elle estime également que le moyen manque en fait en ce qu'il indique à titre subsidiaire que "si les adjudicataires étaient en mesure de justifier le prix proposé

pour le poste relatif aux blocs à haute densité, *quod non*, il ne ferait alors aucun doute que les Adjudicataires auraient établi leur offre en proposant, pour ce poste, un matériau différent des blocs «V5» d'une densité de 5g/cm³ exigés par le CSC" ou encore, que "sans devoir même s'interroger sur la question de savoir si la stipulation du CSC relative aux blocs de haute densité était essentielle ou si le matériau proposé constituait une variante libre, l'auteur de l'acte attaqué aurait dû motiver, dans l'acte attaqué, les raisons pour lesquels [*sic*] il a décidé de retenir l'offre des Adjudicataires alors que celle-ci dérogeait manifestement au CSC en prévoyant un matériau différent de celui qui était prescrit". Selon la partie adverse, il s'agit là de simples allégations, non étayées, et contredites par les faits. Elle relève que rien dans l'offre retenue ne permet d'affirmer que l'adjudicataire aurait présenté une prétendue variante libre ou un "matériau différent" pour le poste litigieux, que l'offre de l'adjudicataire est jointe afin de permettre de vérifier qu'elle ne contient aucune variante et de confirmer le fait que le pouvoir adjudicateur a valablement pu la considérer comme l'offre régulière la plus basse, que les parties requérantes tentent, en réalité, de semer la confusion en se contentant de formuler de simples allégations de principe pour tenter de donner de la consistance à un moyen qui manque manifestement en fait, et que la partie du moyen soulevée, à titre subsidiaire, par les parties requérantes doit être déclarée irrecevable.

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

La partie adverse estime que les requérantes procèdent à nouveau à une pure affirmation, non étayée et qui ne démontre pas que le prix de l'attributaire serait anormal ou que l'estimation réalisée aurait été manifestement erronée, que, dans cette situation factuelle, le pouvoir adjudicateur ne devait pas actionner la procédure de vérification et n'a par conséquent pas commis d'erreur manifeste d'appréciation. Elle constate que les parties requérantes ne démontrent pas, concrètement, que l'estimation

relative aux blocs de radioprotection réalisée par la partie adverse aurait été entachée d'une erreur manifeste d'appréciation mais se bornent à indiquer que la partie adverse aurait reconnu que VERITAS était le fournisseur consulté dans le cadre de la préparation du marché et en concluent qu'un tel prix constitue incontestablement un prix anormalement bas compte-tenu des prix de ventes pratiqués par les deux fournisseurs de blocs "V5" sur le marché et compte tenu surtout du très faible nombre de fournisseurs proposant ce produit. Selon la partie adverse, de telles affirmations ne sont pas de nature à démontrer une erreur manifeste d'appréciation dans son chef et sont manifestement erronées, elle rappelle ainsi qu'à l'occasion de la préparation des offres, un soumissionnaire l'a interrogée à propos des blocs de maçonneries de type "V5" en exposant qu'il semblait très difficile, voire presque impossible de se les procurer, qu'elle a répondu qu'un fournisseur de blocs à haute densité pour la radioprotection consulté est la société VERITAS située aux États-Unis et qu'il n'y aura pas de variantes aux impositions du cahier spécial des charges. La partie adverse fait valoir que, contrairement à ce que prétendent les parties requérantes – qui assoient leur argumentation sur la seule réponse donnée par la partie adverse pour tenter de fonder leur moyen – VERITAS est un fournisseur qu'elle a consulté dans le cadre de la préparation du marché, mais VERITAS n'est toutefois pas la société spécialisée qui a procédé à l'estimation du prix, que le pouvoir adjudicateur a fixé le prix du poste litigieux avec l'aide d'un bureau d'études spécialisé en ingénierie et qui fait partie de l'association momentanée en charge de la mission de maîtrise d'ouvrage, après que ce dernier ait fait ses propres calculs et consulté le marché, que cette estimation n'est donc pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur, puisqu'elle repose sur des calculs d'ingénieurs spécialisés reconnus et après consultation du marché, que, si les parties requérantes n'ont pas trouvé d'autre fournisseur que la société VERITAS et que cette dernière leur a proposé un prix particulièrement élevé, cela ne relève pas de la responsabilité de la partie adverse, qu'à défaut pour les parties requérantes de démontrer concrètement que l'estimation du poste relatif à la fourniture des blocs de radioprotection aurait été entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, il n'y a pas lieu de s'éloigner de l'enseignement de l'arrêt n° 231.227 du 18 mai 2015.

En tout état de cause, la partie adverse souligne que la normalité (ou l'anormalité) d'un prix ne doit pas s'analyser uniquement sur la base du prix d'un autre soumissionnaire, que rien ne permet de juger le prix de l'association momentanée attributaire anormalement bas par rapport au prix des parties requérantes, plutôt que – par exemple – de considérer que les parties requérantes ont proposé un prix anormalement haut, que le prix proposé pour le poste 01.7.1 par l'association momentanée attributaire est de 1.163 euros du m³, soit un prix légèrement supérieur

au prix du mètre estimatif, mais ne paraissant pas anormalement bas, comme le prétendent à tort les parties requérantes, qu'il n'y avait par conséquent aucune raison d'interroger le soumissionnaire concerné, et encore moins de considérer son prix comme anormalement bas.

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

Pour ce qui concerne le principe d'égalité, la partie adverse relève tout d'abord que les requérantes n'exposent pas en quoi il aurait été méconnu. Elle observe à titre complémentaire que le pouvoir adjudicateur a scrupuleusement respecté le principe d'égalité dans l'analyse des offres, en appliquant la même méthode d'analyse pour les offres des deux soumissionnaires retenus, que, pour ces deux offres, c'est après avoir examiné l'ensemble des postes et après les avoir comparés par rapport à la moyenne des prix proposés, que le pouvoir adjudicateur, faisant usage de son pouvoir d'appréciation, a pu valablement considérer que ces deux offres ne contenaient pas des prix "anormaux" justifiant de les écarter et d'interroger les soumissionnaires, que, si le pouvoir adjudicateur avait considéré irréguliers les prix proposés par l'association momentanée adjudicatrice, elle aurait alors également dû interroger les parties requérantes puisqu'il ressort de la simple lecture de leurs prix, que l'offre présente des prix pour certains postes qui s'écartent de plus de 30 % à la hausse ou à la baisse de la moyenne des prix proposés par les différents soumissionnaires (notamment s'agissant de la partie stabilité (et spécifiquement pour les fondations profondes, les constructions en acier inoxydable), de la partie techniques spéciales (et

spécifiquement pour les pompes de relevage, les travaux divers, les tubages à intégrer dans le béton (...)) ou de la partie Architecture (et notamment pour l'organisation du chantier), que l'offre des parties requérantes contient même plus de postes avec des prix unitaires qui auraient pu être considérés comme "anormaux" (395 postes sur 1051 soit 37,58 %) que ceux relevés par les parties requérantes à l'appui de leur requête en annulation, qu'en jugeant réguliers les prix proposés tant par les parties requérantes que par l'association momentanée adjudicatrice, le pouvoir adjudicateur n'a ni commis d'erreur manifeste d'appréciation ni violé le principe d'égalité ni même méconnu les autres dispositions et principes invoqués à l'appui du moyen unique.

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

A titre infiniment subsidiaire, s'agissant de l'argumentation selon laquelle la prescription du cahier spécial des charges relative aux blocs serait une "prescription essentielle" et que son non-respect "[...] hypothèque sévèrement la comparabilité des offres et l'égalité entre les soumissionnaires", la partie adverse rappelle que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation sur le caractère essentiel ou non des clauses du cahier spécial des charges, qu'il n'appartient au Conseil d'État que de sanctionner les erreurs manifestes d'appréciation, que la prescription du cahier spécial

des charges relative aux blocs n'est pas prescrite sous peine de nullité, que, de même, la formulation utilisée n'impose pas une obligation impérative, qu'à supposer même que l'offre de la société momentanée attributaire n'aurait pas respecté la prescription du cahier spécial des charges – *quod non* –, force serait de constater que les requérantes n'établissent pas l'erreur manifeste quant au prétendu caractère substantiel de la prescription, que le simple fait que les parties requérantes estiment que la prescription du cahier spécial des charges imposant l'utilisation de blocs "V5" de 5g/cm³ pour la fourniture de blocs à haute densité constitue bien une prescription essentielle du cahier spécial des charges ou qu'elles insistent sur l'importance que ces matériaux revêtent pour assurer la radioprotection des différentes pièces du bâtiment qui accueillera le futur Institut ou qu'il est incontestable que le respect de la prescription du cahier spécial des charges qui fixe la nature ("V5") et la densité (5g/cm³) de ces blocs est déterminant pour la bonne exécution du marché n'est pas de nature à énerver ce constat, et que la disposition du cahier spécial des charges considérée comme "essentielle" par les parties requérantes concerne un poste qui, d'un point de vue quantitatif et financier, ne peut valablement être considéré comme essentiel au regard de l'objet du marché, à savoir la construction du nouvel Institut Jules Bordet, sur le campus universitaire d'Anderlecht, lot 01 - gros-œuvre fermé.

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

C. Mémoire en réplique

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

- la partie adverse ne peut se limiter à considérer que leur argumentation tient de la pure affirmation alors qu'il n'existe aucun fournisseur capable de proposer ce type de produit à un prix aussi dérisoire;
- la partie adverse n'a pas fourni de liste de fournisseurs dans son mémoire en réponse et ne pourrait le faire;

- la partie adverse se borne à contredire leurs affirmations sans que le dossier administratif ne contienne de pièce émanant du consultant TPF Engineering alors qu'une telle pièce permettrait d'éclairer le débat et de comprendre la manière dont le prix a été calculé;
- la charge de la preuve ne repose pas exclusivement sur elles;
- leurs prix éventuellement anormaux ne peuvent être soulevés par la partie adverse car il n'y a pas d'égalité dans l'illégalité;
- la partie adverse n'a pas relevé *in tempore non suspecto* ces éventuels prix anormaux;
- et que le pouvoir adjudicateur est tenu de se prononcer sur le caractère régulier d'une offre au moment de son analyse et dans le respect de la loi du 29 juillet 1991.

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

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

D. Dernier mémoire des requérantes

Dans le dernier mémoire qu'elles ont déposé le 25 mai 2016, les requérantes font valoir ce qui suit:

- " 5. Les requérantes s'en réfèrent à leur requête en annulation ainsi qu'à leur mémoire en réplique, lesquels sont ici tenus pour intégralement reproduits. Pour le surplus, elles formulent les observations suivantes.
6. Les requérantes rappellent, pour la clarté de l'exposé, les principaux points de leur argumentation :
- Il est admis que :
- Les documents du Marché prescrivaient la fourniture de blocs de type «V5» par les différents soumissionnaires (...) :

01.7.3	Eléments de radioprotection
01.7.3.1	Blocs de radioprotection des parois des salles en maçonnerie à haute densité
	Les blocs utilisés seront adaptés à toutes les énergies des équipements installés dans les salles de radiothérapie (neutrons, photons, particules, etc.). la configuration des blocs haute densité permettra d'éliminer tout passage du rayonnement entre les parois constituées.
01.7.3.1.1	<u>Composition</u>

<p>Les blocs en maçonnerie à utiliser pour les murs des salles de radiothérapie sont de type :</p> <p>- Blocs sur plans appelés « V5 » à densité minimale $\rho = 5,0 \text{ g/cm}^3$</p> <p>Les blocs seront exempts de plomb pour éviter une production de rayonnement secondaire de neutrons.</p> <p>Ces blocs sont constitués essentiellement de béton fabriqué à partir de ciments Portland ou autres et de billets d'acier, « granulés de fer » de petites dimensions ou autres composants métalliques selon le choix retenu par le présent lot.</p>			
<p>Les facteurs d'atténuation des blocs au rayonnement utilisé dans les salles de radiothérapie (6 à 18 MeV) auront les valeurs minimales suivantes :</p>			
Type de bloc	Densité min.	Facteur atténuation à 18 MeV	Facteur atténuation à 6 MeV
V5	$5,0 \text{ g/cm}^3$	$1 \text{ TVT}^1 \leq 21,4 \text{ cm}$	$1 \text{ TVT}^1 \leq 16,5 \text{ cm}$

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

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

Question :

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

Réponse :

«(...)

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

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

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

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

01.7.1	Blocs à haute densité				
--------	-----------------------	--	--	--	--

	Fourniture et pose de blocs de maçonnerie de type « V5 » selon CSC et plans, densité de 5g/cm^3	QP	m^3	402,54	1.163,19	468.231,67
01.7.2	Plomb					
	Fourniture et pose de plomb pour la radioprotection des plafonds des bunkers de radiothérapie et du plafond de la salle Mobétron, densité de $11,35\text{g/cm}^3$, épaisseurs selon CSC et plans.					

Or :

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

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

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

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

La firme VERITAS a proposé ces blocs aux requérantes à un prix total de 2.606.452,17 EUR, soit un montant unitaire de $7.734,28\text{ EUR/m}^3$ (...). Les autres soumissionnaires non-retenus se sont vu adresser des offres d'un montant similaire. La société momentanée Galère – CEI De Meyer avait elle-même proposé, dans son offre, de fournir les blocs de type V5 un prix unitaire de $7.356,00\text{ EUR/m}^3$, très proche donc de celui auquel VERITAS proposait ces mêmes blocs aux requérantes dans l'offre qu'elle leur a remise (...).

Ainsi :

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

Deux conclusions peuvent être tirées de ce prix littéralement impossible :

Soit le prix proposé est anormalement bas;

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

4.2.1 Quant à la commission d'une erreur manifeste d'appréciation par la partie adverse au moment de la fixation à 800,00 EUR/m³ du prix des blocs de type V5 dans son métré estimatif

7. Il est utile de rappeler que la possible commission d'une erreur manifeste d'appréciation par la partie adverse au moment où elle a estimé à 800,00 EUR/m³ le prix unitaire des blocs de type V5, avait été explicitement envisagée par votre Conseil dans son arrêt n° 231.227 du 18 mai 2015 :

«En n'estimant pas "anormalement bas" un prix [NDA : celui des Adjudicataires, soit 1.163,19 EUR/m³] supérieur de quarante-cinq pourcents à sa propre estimation [NDA : soit 800,00 EUR/m³], la partie adverse n'apparaît pas, à première vue, avoir commis une erreur d'appréciation qui puisse être qualifiée de manifeste, sauf à considérer que cette estimation serait elle-même entachée d'une erreur manifeste d'appréciation» (...).

Or, à moins d'admettre que l'erreur manifeste d'appréciation serait en réalité devenue un concept théorique dont le Conseil d'Etat ne reconnaîtrait en pratique jamais l'existence, il est incontestable que le fait d'estimer à un prix unitaire de 800,00 EUR/m³, un matériau dont il est acquis qu'il ne peut être trouvé sur le marché qu'à environ 7.000,00 EUR/m³, est bien constitutif d'une telle erreur manifeste.

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

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

En l'espèce, il ne fait aucun doute que le fait d'estimer à 800,00 EUR/m³ un prix unitaire qui est en réalité d'environ 7.000,00 EUR/m³, constitue bien «une erreur». Il ne peut davantage être contesté que cette erreur est totalement «incompréhensible» et même grossière.

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

Ainsi, une simple recherche sur le web permet de constater que des blocs de façade en béton (utilisés pour les constructions «classiques»), sont disponibles sur le marché à un prix unitaire de 977,00 EUR/m³, soit déjà 170,00 EUR de plus que le prix unitaire auquel la partie adverse a estimé les blocs de type V5.

10. Dans son mémoire en réponse, la partie adverse rappelait le rôle essentiel qu'avait joué son consultant TPF dans la fixation du prix unitaire litigieux de 800,00 EUR/m³, tout en s'abritant derrière cette société pour écarter toute erreur manifeste dans cette estimation pourtant absurde :

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

VERITAS n'est toutefois pas la société spécialisée qui a procédé à l'estimation du prix. La partie adverse – ainsi que l'a rappelé Votre Conseil dans son arrêt n° 231.227 du 18 mai 2015 – a fixé le prix du poste litigieux avec l'aide d'un bureau d'études spécialisé (la société TPF ENGINEERING, comme cela ressort d'ailleurs du cahier spécial des charges, spécialisée en ingénierie et qui fait partie de l'association momentanée en charge de la mission de maîtrise d'ouvrage), après que ce dernier ait fait ses propres calculs et consulté le marché. Cette estimation n'est donc pas entachée d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur, puisqu'elle repose sur des calculs d'ingénieurs spécialisés reconnus et après consultation du marché».

La partie adverse semble ainsi soutenir :

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

erreur manifeste puisqu'elle a été établie par des «ingénieurs spécialisés reconnus».

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

Tout d'abord, il convient de relever que, même s'il peut consulter des tiers pour l'aider dans la passation d'un marché, le pouvoir adjudicateur est, au final, le seul qui adopte les actes préparatoires et, au terme de la procédure de passation, la décision d'attribution. Ce faisant, il s'en approprie la paternité et en assume l'entière responsabilité. Est-ce, par exemple, parce qu'une décision d'attribution est établie par référence à un rapport d'analyse des offres rédigé par un auteur de projet extérieur au pouvoir adjudicateur, qu'aucune illégalité de ce rapport ne pourrait être invoquée, à l'encontre du pouvoir adjudicateur, à l'appui d'un recours en annulation dirigé contre la décision d'attribution qu'il a adoptée ? Quoiqu'elle en dise, c'est bien à la partie adverse qu'il incombe de répondre de l'erreur manifeste dénoncée, même si celle-ci trouve son origine dans une faute commise par son consultant TPF.

Ensuite, affirmer que l'estimation serait incontestablement exacte et non-susceptible de critique en raison du seul fait qu'elle a été effectuée par des «ingénieurs spécialisés reconnus», est un argument péremptoire bien peu convaincant... En l'espèce, comme les requérantes ont déjà eu l'occasion de l'expliquer à de nombreuses reprises et tel que cela ressort incontestablement des faits de la cause, des blocs de type V5 à 800 EUR du m³, cela n'existe pas. Les requérantes voudraient bien croire à l'infailibilité alléguées des architectes qui ont fait l'estimation litigieuse, mais force est de constater que cette estimation est fausse.

Si la partie adverse s'abrite derrière le statut d'ingénieurs des membres du personnel de TPF pour écarter toute erreur manifeste d'appréciation à l'occasion de l'évaluation du prix unitaire des blocs de type V5, les requérantes observent que l'erreur d'estimation commise – qui est incontestable – est justement d'autant plus grossière, incompréhensible et manifeste qu'elle a été commise par des ingénieurs qui sont des spécialistes et des gens de métier qui ne pouvaient ignorer que des blocs de type V5 ne coutent pas 800,00 EUR/m³.

11. Consultée par M. le Premier Auditeur pour s'expliquer sur la manière dont elle était parvenue à cette estimation de 800,00 EUR/m³, la partie adverse a rédigé la note suivante :

«La société VERITAS, consultée pour le projet du New Bordet, transmet une offre pour la radioprotection des bunkers en octobre 2011.

Son prix était de 3.820.500,00 USD pour six salles de radiothérapie (de 7 x 7 m² chacune).

Cette offre était un prix forfaitaire, comprenant :

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

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

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

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

Ce prix est fonction des éléments suivants :

- Prix unitaire/m³ des blocs Verishield (P_{VER})
 - Prix unitaire/kg de briques de plomb (P_{PB})
 - Coefficient de montage/supportage (α)
- $$P_{TOT} = P_{TOT} (P_{VER}, P_{PB}, \alpha) = 3.820.500 \text{ USD} = 477 \text{ m}^3 \times P_{VER} + \alpha \cdot 357.000 \text{ kg} \times P_{PB}$$

En tenant compte des paramètres suivants :

- Cours du dollar 2011 : 1 euro = 1,42 USD
- Prix unitaire briques de plomb P_{PB} : 4,9 €/kg (prix fournisseur)

- Coefficient de supportage/montage (poutrelles) α estimé à : 1,25... 1,35
On obtient un prix unitaire $P_{VER} = 700 \dots 1060$ euro/m³ pour les briques Verishield.

Ce prix unitaire déduit est approximatif et incertain, il dépend fortement de paramètres fluctuants ou mal connus tels que le cours du dollar, le cours du plomb (volatil), le coefficient de montage (estimé).

Une variation du coefficient de montage α à p.ex $\alpha = 1,15$ fait passer l'estimation du prix unitaire à 1.800 €/m³, ie. à peu près du simple ou double.

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

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

Après vérification par TPF ENGINEERING, la quantité de 403 m³ fut acceptée» (...).

Pour trouver le prix litigieux de 800,00 EUR, la partie adverse prétend ainsi être partie de l'offre que la société VERITAS lui a transmise en octobre 2011 pour un montant total de 3.820.500,00 USD (...).

A l'estime de la partie adverse, ce devis couvrirait (i) la fourniture de 477 m³ de blocs de type V5 (destinés à isoler les murs des salles de radiothérapie) et (ii) de 357 tonnes de plomb (destinées à en isoler les plafonds). Le devis incluait encore, pour une plus faible proportion, la fourniture de la structure permettant de soutenir le plafond en plomb.

Afin de déterminer le prix unitaire des blocs de type V5 à partir de l'offre de VERITAS d'octobre 2011, la partie adverse pose donc l'équation suivante :

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

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

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

En tablant sur un prix unitaire du plomb de 4,90 EUR/m³, la partie adverse obtient ainsi un prix unitaire des blocs de type V5 qui oscille – selon la valeur que prend le coefficient α – entre 700,00 EUR/m³ et 1.060,00 EUR/m³, c'est-à-dire un prix conforme à l'estimation de 800,00 EUR/m³ reprise au métré.

Pour séduisante et imparable qu'elle paraisse, la méthode de calcul précitée est incorrecte, car elle repose sur des postulats de départ qui sont faux.

(a) Inadmissibilité de la justification avancée par la partie adverse dans sa note à M. le Premier Auditeur

12. En effet, à titre principal, il convient de relever que l'offre de VERITAS d'octobre 2011 concernait la fourniture de blocs de type V4, de manière telle qu'il n'était d'aucune pertinence pour calculer le prix de blocs de type V5.

A titre subsidiaire, s'il fallait malgré tout reconnaître à l'offre invoquée une quelconque pertinence – *quod non*, il conviendrait alors de constater que celle-ci ne prévoyait en aucune manière la fourniture de plomb pour les plafonds des salles de radiothérapie, en sorte que l'équation mathématique précitée, posée par la partie adverse pour déterminer le prix unitaire des blocs qui font l'objet de l'offre, est incorrecte.

A titre infiniment subsidiaire, s'il fallait considérer que l'offre incluait bien la fourniture de blocs de type V5 et de plomb et que la formule mathématique avancée par la partie adverse est ainsi admissible dans son principe – *quod certe non*, il conviendrait alors encore de constater que la partie adverse en fait une mauvaise application dans la mesure où elle recourt à un prix du plomb qui est bien trop élevé.

(i) A titre principal : l'offre de VERITAS d'octobre 2011 ne portait pas sur des blocs de type V5 mais sur des blocs de type V4

13. VERITAS commercialise différents type de blocs (blocs «VeriShield»), lesquels sont repris sur son site internet :

Model No.	Description	Face Length	Face Height	Thickness	Density
V-250S	Standard	10" (254mm)	5" (127mm)	5" (127mm)	250 lbs/cubic ft. (4g/cubic cm)*
V-300S	Standard	10" (254mm)	5" (127mm)	5" (127mm)	313 lbs/cubic ft. (5g/cubic cm)*
V-250HT	Half Thickness	10" (254mm)	5" (127mm)	2.5" (64mm)	250 lbs/cubic ft. (4g/cubic cm)*

Les blocs de la première ligne (V 250S) sont de type V4, puisqu'ils possèdent une densité de 4g/cm³ (cf. dernière colonne du tableau). Ceux de la seconde ligne (V 300S) sont donc de type V5 et ceux de la troisième (V 250HT) de type V4. Or, à la lecture de l'offre de VERITAS d'octobre 2011, il apparaît que c'est bien de la fourniture de blocs V250, soit de blocs de type V4, dont il était question :

<p>7.0 <i>Room Layout</i></p> <p>7.1 <i>Design, manufacture, deliver, install and guarantee six (6) Door less direct entry Veritas Accelerator Rooms. Room interior dimensions to be as indicated in paragraph 1.0 above. Each dimension measured to face of shielding. Shielding design is based on using all VeriShield™ V250.</i></p>
--

Traduction libre

«7.0 Configuration des salles

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

Il est intéressant à cet égard de constater que, dans sa note à M. le Premier Auditeur, la partie adverse ne fait d'ailleurs jamais référence à des «blocs de type V5» ou «V4», mais utilise prudemment le terme plus général de «briques Verishield», lesquelles, comme exposé précédemment, peuvent désigner tant des briques V 250S et V 250HT (de type V4) que des briques V 300 (de type V5).

Il s'ensuit que l'offre de VERITAS d'octobre 2011, avancée par la partie adverse pour justifier son évaluation du prix unitaire des blocs de type V5 au montant de 800 EUR/m³, porte en fait sur des blocs V250, soit des blocs de type V4. Dans un tel contexte, il est évident que ce devis n'était d'aucune pertinence pour évaluer le montant unitaire des blocs de type V5 et qu'il ne peut pas davantage servir à la partie adverse pour justifier son estimation de 800,00 EUR/m³.

(ii) A titre subsidiaire : l'offre de VERITAS de 2011 ne prévoyait aucunement l'installation d'une toiture en plomb

14. Il est inexact de prétendre, comme le fait la partie adverse, que le devis de VERITAS d'octobre 2011 incluait, outre la fourniture de blocs VeriShield destinés au blindage des murs des salles de radiothérapie, la fourniture de plomb destiné au blindage des plafonds de ces mêmes salles.

En consultant le devis de 2011 sur lequel s'appuie la partie adverse dans sa note à M. le Premier Auditeur, l'on constate d'ailleurs immédiatement que celui-ci ne fait nulle part référence à du plomb (« *lead* » en anglais).

Pour en avoir confirmation, la société ERAERTS (première requérante) a posé la question à la firme VERITAS elle-même, par un email du 17 mai 2016 (...). Celle-ci y a donné suite le 19 mai 2016 (...):

«Dear Mr. Mouchet,

Thank you for your email. I checked with our estimating department and the

\$3.8m proposal included the appropriate amount of shielding in the roof BUT utilizing our VeriShield product. This method is a tremendous cost savings and is 100% shielding guaranteed. The solid lead is an option, but is about double in price. Please let me know if you have any other inquiries»(...).

Traduction libre :

«Cher Monsieur Mouchet,

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

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



Photo 1 : poutrelles pour supporter le plafond

Source : Veritas



Photo 2 : pose des blocs sur les poutrelles

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

1.7 Support Structure

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

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

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

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

pour le blindage du plafond. Comme exposé, ce blindage est effectué avec des blocs VeriShield – à l'instar des murs – qui sont déjà inclus dans la première partie de l'équation ($477 \times P_{\text{VER}}$). Afin d'obtenir une équation exacte, il convient d'ajouter, à cette première partie, le prix de la structure portante en acier, destinée à soutenir les blocs utilisés pour le blindage du plafond.

L'équation qu'il convenait de poser était donc la suivante :

$P_{\text{TOT}} = (477 \times P_{\text{VER}}) + (\text{prix unitaire de l'acier } (P_{\text{Ac}}) \times \text{quantité d'acier correspondant au nombre de poutrelles de soutien nécessaires } (Q_{\text{Ac}}))$.

Elle permet d'isoler de la manière suivante le prix unitaire des blocs VeriShield qui font l'objet de l'offre de VERITAS d'octobre 2011 :

$$P_{\text{VER}} = (P_{\text{TOT}} - (P_{\text{Ac}} \times Q_{\text{Ac}})) / 477$$

En tenant compte d'un prix unitaire de l'acier de 2,84 USD/Kg et d'une quantité d'acier nécessaire de 91.323,21 Kg (...), ce prix est le suivant :

$$P_{\text{VER}} = (3.820.500,00 - 91.323,21 \times 2,84) / 477$$

$$P_{\text{VER}} = (3.820.500,00 - 259.357,91) / 477$$

$$P_{\text{VER}} = (3.561.141,09) / 477$$

$$P_{\text{VER}} = 7.465,75 \text{ USD/m}^3$$

En tenant compte d'un taux de change de 1,00 EUR = 1,42 USD, P VER égale :

$$P_{\text{VER}} = 5.257,54 \text{ EUR/m}^3$$

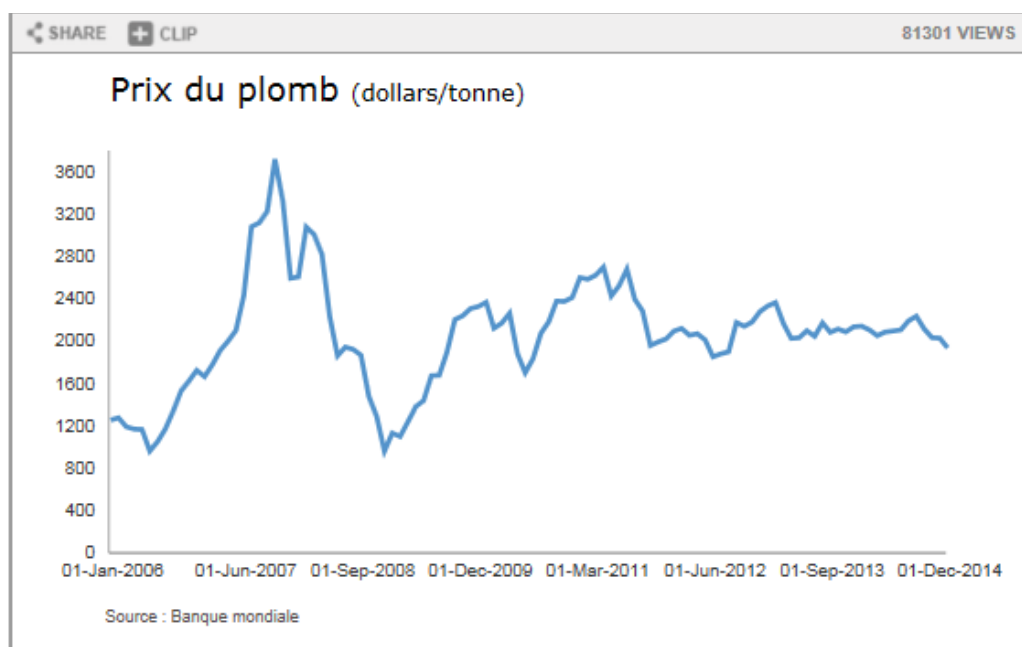
Il s'ensuit qu'indépendamment même de la question de savoir s'ils étaient de type V5 ou V4, les blocs VeriShield qui faisaient l'objet de l'offre de VERITAS d'octobre 2011 avaient un prix unitaire de 5.257,54 EUR/m³, soit bien plus que les 700,00 – 1.060,00 EUR avancés par la partie adverse dans sa note à M. le Premier Auditeur.

L'on notera également que le calcul précédent est établi en tenant compte d'une quantité de blocs VeriShield de 477 m³, qui est la quantité avancée par la partie adverse dans sa note à M. le Premier Auditeur et qu'elle ne justifie en aucune manière. En supposant même que cette quantité était en réalité plus élevée, il est toujours impossible d'aboutir à l'intervalle 700,00–1.060,00 EUR avancé par la partie adverse. Ainsi, pour une quantité de blocs VeriShield de, par exemple, 800m³, l'on parvient à un prix unitaire de 3.134,80 EUR/m³, soit toujours bien plus que 700,00-1.060,00 EUR.

(iii) A titre infiniment subsidiaire : le prix du plomb utilisé par la partie adverse n'est pas correct

16. Même en admettant – contre l'évidence même – que le devis de VERITAS prévoyait bien la fourniture de plomb, qu'il portait bien sur des blocs de type V5 et qu'ainsi la formule de calcul utilisée par la partie adverse serait correcte – *quod certe non*, il conviendrait alors de relever que la partie adverse, à tout le moins, ne pouvait effectuer son calcul en tenant compte, pour le plomb, d'un prix unitaire de 4,90 EUR/Kg.

En effet, sur la base des données fournies par la Banque mondiale, le prix de la tonne de plomb en 2011 a oscillé entre 1.994,00 et 2.701,00 USD, soit entre 1,99 et 2,70 USD/Kg et donc entre 1,40 et 1,90 EUR/Kg si l'on prend en compte un taux de change de 1,42 USD pour 1 EUR :



Ainsi, selon cette source, le prix moyen du plomb, en 2011, était de 2.400,00 USD/tonne, soit 2,40 USD/Kg et 1,69 EUR/Kg. Ce chiffre est corroboré par les données fournies par la Commission de la Mercuriale des matériaux :

1 2 3 4 5 6 7								
	GEWOON ZACHT LOOD							
	Prijs op de Londense markt (LME)							
	OW 259 - TP 259							
	PLOMB DOUX ORDINAIRE							
	Prix sur le marché de Londres (LME)							
8	EUR/T	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010
9	January	1 516.66	1 574.79	1 578.88	1 761.24	1 622.17	1 948.90	1 658.55
10	February	1 596.88	1 590.03	1 545.18	1 778.55	1 607.66	1 895.37	1 552.31
11	March	1 629.56	1 647.52	1 487.79	1 684.22	1 561.79	1 874.17	1 600.57
12	April		1 855.24	1 510.14	1 558.74	1 567.46	1 901.88	1 689.43
13	May		1 795.29	1 526.93	1 562.46	1 561.50	1 687.35	1 499.67
14	June		1 637.90	1 547.40	1 595.34	1 479.49	1 746.11	1 395.41
15	July		1 602.87	1 617.20	1 566.10	1 527.06	1 880.92	1 437.91
16	August		1 520.97	1 678.99	1 633.25	1 529.43	1 677.37	1 607.90
17	September		1 499.03	1 643.72	1 565.00	1 686.75	1 668.09	1 671.80
18	October		1 534.94	1 608.37	1 548.41	1 659.81	1 422.24	1 712.15
19	November		1 505.14	1 622.63	1 549.18	1 699.09	1 462.35	1 738.91
20	December		1 564.55	1 569.84	1 556.39	1 734.40	1 531.03	1 824.51
21	AVERAGE		1 610.69	1 578.09	1 613.24	1 603.05	1 724.65	1 615.76
22	Bron : Commissie van de Marktprijzen van Materialen							
23	Source : Commission de la Mercuriale des Matériaux							
24								

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En conséquence P_{VER} oscille entre :

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

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

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

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

Et

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

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

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

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

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

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

Et

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

Ainsi, même en admettant que la formule de calcul préconisée par la partie adverse serait correcte dans son principe – *quod non*, force est de constater qu'en y remplaçant la variable P_{pb} (Prix du plomb) par sa valeur correcte, il est toujours impossible de parvenir à une estimation de 800 EUR/m³.

(iv) Conclusion

17. Il résulte des développements qui précèdent que les explications fournies par la partie adverse dans sa note à M. le Premier Auditeur sont, à tous égards, non-pertinentes, incorrectes et donc non-fondées. Cette note confirme, s'il en était encore besoin, que l'évaluation à 800,00 EUR/m³ du prix unitaire des blocs de type V5 n'est ni justifiée, ni justifiable et qu'elle résulte uniquement d'une erreur manifeste (du consultant TPF) de la partie adverse.

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

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

Cet argument ne mérite aucune attention.

Dans son arrêt n° 231.227 du 18 mai 2015 le Conseil d'Etat reconnaissait lui-même explicitement la possibilité que l'estimation de 800,00 EUR relative à la fourniture

des blocs de type V5 spécifiquement soit entachée d'une erreur manifeste. Il n'était aucunement question de prendre en compte la rubrique radioprotection dans son intégralité :

«En n'estimant pas "anormalement bas" un prix [NDA : celui de l'adjudicataire, soit 1.163,19 EUR/m³] supérieur de quarante-cinq pourcents à sa propre estimation [NDA : soit 800,00 EUR/m³], la partie adverse n'apparaît pas, à première vue, avoir commis une erreur d'appréciation qui puisse être qualifiée de manifeste, sauf à considérer que cette estimation serait elle-même entachée d'une erreur manifeste d'appréciation» (...).

L'argument avancé par la partie adverse est en outre inconciliable avec la jurisprudence constante de votre Conseil selon laquelle la régularité des prix doit être contrôlée «poste par poste» (...).

Il n'y a donc pas lieu de «diluer» le poste litigieux dans une rubrique plus vaste pour masquer l'illégalité incontestable invoquée.

4.2.2 Les Adjudicataires ne pouvaient proposer la fourniture de blocs de type V5 à un prix aussi bas que 1.163,19 EUR/m³

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

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

20. Dans son rapport, M. le Premier Auditeur écarte la seconde hypothèse en raison du fait que l'offre des Adjudicataires prévoit bien la fourniture de blocs de type V5, si l'on s'en tient à son libellé.

Bien que la question de l'exécution du Marché sorte du champ du présent litige ainsi que de la compétence de votre Conseil, les requérantes relèvent qu'il serait intéressant de savoir quels types de blocs les Adjudicataires ont utilisé/vont utiliser pour réaliser le blindage des salles de radiothérapie...

21. Si la seconde hypothèse doit être écartée, seule la première peut encore expliquer le prix de 1.163,19 EUR/m³ proposé par l'Adjudicataire.

Comme exposé précédemment, le prix unitaire au m³ d'un bloc V5 s'élevant à 7.000,00 EUR, il est évident que le prix proposé par les Adjudicataires était anormalement bas. Les requérantes s'en réfèrent sur ce point aux développements qu'elles ont déjà consacrés à cette question dans leurs écrits antérieurs et qui sont ici tenus pour intégralement reproduits.

22. Admettons en outre un instant, pour les seuls besoins de la démonstration, que la partie adverse n'aurait pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant à 800,00 EUR/m³ le prix unitaire des blocs de type V5 et que, de ce point de vue, le prix de 1.163,19 EUR/m³ proposé par les Adjudicataires ne serait pas anormalement bas – *quod non*.

Comment expliquer, dans un tel cas, que la partie adverse n'ait pas interrogé les requérantes et les autres soumissionnaires pour les inviter à justifier les prix unitaires qu'ils proposaient pour les blocs de type V5, alors que ces prix étaient plus de 7 fois supérieurs à l'estimation de la partie adverse et qu'ils auraient alors dû, en toute logique, être considérés comme anormalement hauts ? La partie adverse est bien en peine de s'expliquer à cet égard...

Cette absence de demande de justification montre tout le malaise de la partie adverse. Cette dernière s'est en effet rendue compte que son estimation dérisoire de 800,00 EUR/m³ était complètement erronée. Elle était ainsi parfaitement consciente du fait que, si elle interrogeait les soumissionnaires autres que les Adjudicataires pour les inviter à s'expliquer sur leurs prix en apparence anormalement hauts, ces derniers seraient très aisément parvenus à les justifier. Ceci aurait souligné, par contraste, le caractère erroné de l'estimation de 800,00 EUR/m³ contenu dans les documents du marché et l'irrégularité de l'offre des Adjudicataires.

Le moyen unique est fondé".

E. Dernier mémoire de la partie adverse

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

2.2 Rappel du contexte

3. Il convient de rappeler que TPF – société spécialisée agissant pour l'hôpital – a fait l'estimation du prix sur la base d'une «offre» de VERITAS lui remise pour la construction de six salles de radiothérapies, sans prix unitaires.

Avec cette «offre», VERITAS a remis des plans à deux reprises : en 2009 (...) et en 2013 (...).

Malgré les demandes de TPF, VERITAS n'a pas déposé d'offre détaillant divers postes plus précis, tels que le détail des prix unitaires, du plomb ou des blocs Verishield, comme elle l'a néanmoins fait ultérieurement pour les soumissionnaires. Ceci s'explique probablement parce que VERITAS savait que l'hôpital prospectait le marché en vue d'établir les cahiers des charges, de sorte que la partie adverse ne serait pas un «véritable» client.

4. TPF a décomposé cette «offre» avec les éléments en sa possession pour déterminer les différents postes du métré relatifs aux salles concernées.

Le raisonnement de TPF dans le cadre de cette décomposition de prix est repris dans sa note en pièce 19. Il se lit comme suit :

"

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

Ce prix est fonction des éléments suivants :

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

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

En tenant compte des paramètres suivants :

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

On obtient un prix unitaire $P_{VER} = 700 \dots 1060 \text{ euro/m}^3$ pour les briques Verishield.

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

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

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

"

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

2.3.1 Observations liminaires

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

Tout d'abord, il faut regretter qu'une somme importante d'éléments factuels n'est

avancée qu'en terme de dernier mémoire par les parties requérantes, alors qu'elles ont eu l'occasion de le faire dès le stade de la requête en annulation, ou du mémoire en réplique. Il en va de même des pièces nouvelles déposées à l'appui de leur dernier mémoire.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- blocs V4 : V250 – 250lb./cu.ft³

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

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

(1 lb = 453,6 g ; 1 ft³ = 28 .317 cm³ ; donc 313 lb /ft³ = 5,014 g/cm³, soit une densité de 5,0g/cm³)

9. L'offre de Veritas reprend au point 1.1. :

1.1 VeriShield™ Modular Shielding

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

Features:

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

Traduction libre :

«Cet ensemble de six salles sera radio-protégé au moyen de modules (briques) VeriShield à haute densité. Les modules (briques) VeriShield sont profilés selon une courbe sinusoïdale particulière, et conçues pour être emboîtées. L'ensemble est constitué de multiples couches verticales de modules, disposées de façon à obtenir l'épaisseur de radioprotection requise des spécifications de VERITAS Physics. Le contrôle de qualité de VERITAS assurera que chaque élément individuel est conforme aux spécifications annoncées du produit.

Caractéristiques : Permet d'éliminer les jointures en ligne droite au sein de la barrière de protection – aisément manipulable, les modules sont disposés sans mortier – à haute densités – 250 lb/ft³ et 313 lb/ft³ – à haut pouvoir d'atténuation de rayonnement de photons et de neutrons – permet de réduire fortement les épaisseurs de blindage de radioprotection».

Il ressort donc de l'offre, que Veritas avait fait une projection en utilisant à la fois des blocs V4 et V5, puisque l'offre fait mention des deux densités (250 lb/ft³ et 313 lb/ft³).

Cela ressort également des plans que Veritas a établi dans le cadre de son «offre» à l'attention de TPF – voir les plans 2009 et 2013, desquels il ressort clairement que Veritas prévoyait tant des V4 que des V5.

Le postulat sur lequel les parties requérantes se fondent est donc erroné, de sorte que le moyen manque en fait.

10. Pour le surplus, relevons que les parties requérantes n'expliquent pas de façon pertinente en quoi le fait que l'offre de VERITAS à TPF soit basée sur des blocs V4 plutôt que V5 aurait une incidence sur le prix...

À cet égard, même si l'offre de VERITAS ne devait reposer que sur l'utilisation de blocs V4 (et non – ou que partiellement – sur l'utilisation de blocs V5), cela n'aurait eu qu'une incidence marginale sur le prix total communiqué par VERITAS à TPF et, par conséquent, sur le prix des blocs :

11. D'une part, le prix unitaire de blocs V5 ne devrait pas différer beaucoup du prix unitaire de blocs V4, le premier contenant un peu plus de poudre métallique que le dernier. Si la densité des briques V5 est 25 % supérieure à celle des briques V4, le prix correspondant de V5 ne devrait pas dépasser de 25 % le prix de V4. TPF estime le prix du V4 à 0,85 ou 0,90 du V5. En clair, si un V5 était estimé à 100, un V4 serait de 85 ou 90.

Ces prix sont donc à peu près équivalents.

12. D'autre part, la proportion exacte de blocs V4 versus V5 utilisée dans l'offre de VERITAS ne présente guère beaucoup d'intérêt dès lors que les facteurs d'atténuation des murs ou des plafonds requis n'ont pas sensiblement varié autour de l'étude (2009 à 2016). Or, à facteur d'atténuation égal, le coût d'un mur en blocs V4 – plus épais, puisque moins dense – ou d'un mur en blocs V5 – plus mince, puisque à plus haute densité – est à peu près égal. Il était donc légitime d'utiliser

l'offre de VERITAS pour estimer le prix unitaire de blocs V5.

La prétendue différence de prix incrémentielle entre le V4 et V5 n'est donc guère significative, particulièrement compte tenu du fait que si on utilise des blocs V4 plutôt que des blocs V5, il faut utiliser plus de blocs pour arriver au même résultat. Prenons un exemple de paroi à effet d'atténuation équivalent où l'on requiert 6,0 TVT5.

1 TVT en V5 = 21,16 cm ; 1 TVT en V4 = 26,90 cm.

Cela signifie qu'un mur de 6 TVT coûterait, par m² :

- En V5 : 6 x 21,16 cm = 127 cm = 1,27 épaisseur x 1 m² = 1,27 m³ x 5730 €/m³ = 7.277 €/m² paroi.

- En V4 : 6 x 26,90 cm = 162 cm = 1,62 m épaisseur x 1 m² = 1,62 m³ x 4584 €/m³ = 7.426 €/m² paroi.

13. En conclusion, que l'offre de VERITAS repose uniquement sur l'utilisation de blocs V4, sur une utilisation mixte de blocs V4 ou V5 est peu significative puisque dans tous les cas, le prix total obtenu pour la construction du même ouvrage est, à peu de chose près, similaire.

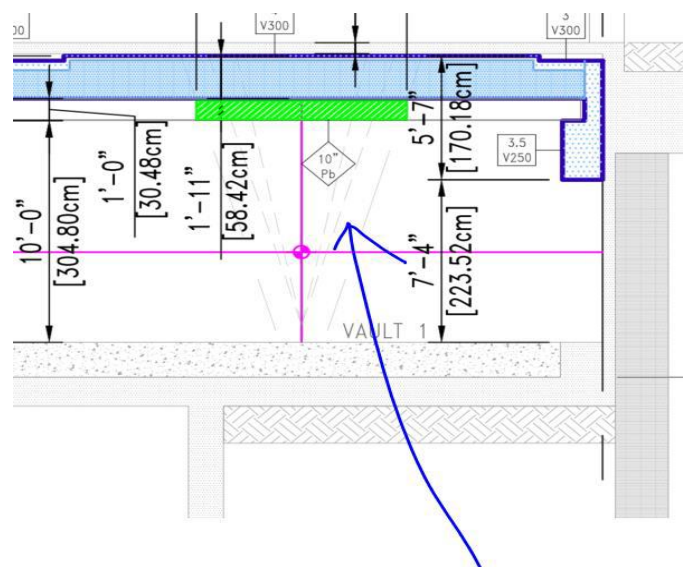
Le moyen manque donc totalement en fait, de sorte qu'il n'y a pas d'erreur manifeste d'appréciation.

2.3.3 L'offre de VERITAS tient compte de la présence de plomb

14. Les parties requérantes affirment – courrier de VERITAS à l'appui – que l'offre de VERITAS d'octobre 2011 ne prendrait pas en compte le plomb.

Cette affirmation est inexacte.

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



Sur ces plans figure clairement du plomb au plafond des bunkers, sur toute leur longueur.

Le moyen manque donc en fait.

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

Lorsque VERITAS indique que le prix est deux fois plus élevé pour du plomb que pour du Verishield V5, cela ne concerne que la paroi (plafond) concernée, et non

l'entièreté de la salle.

Si l'entièreté des salles avait été radioprotégée en plomb (murs, plafond), le prix aurait été en effet d'environ 7.600.000 \$, au lieu des 3.800.000 \$. Par contre, une salle radioprotégée en Verishield V5 uniquement (murs, plafond) coûterait 25 % moins cher qu'une salle avec un plafond mixte (béton/plomb) et murs en V5.

Ceci signifie, sur la base de l'offre de VERITAS à TPF, qu'il y a trois scénarios possible pour la construction des six salles :

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

En 2011, après avoir reçu l'offre de VERITAS, TPF a longuement discuté avec le représentant de VERITAS en Belgique, (feu M. CORTOOS), afin d'obtenir la séparation entre le prix du plomb, et le prix des briques Verishield mêmes.

VERITAS indiqua alors que ceci n'était pas nécessaire, car il suffisait de prendre le prix de plomb, à multiplier par un facteur d'usinage. Une partie de la question de l'estimation du poste litigieux consistait donc à estimer ce facteur.

16. Il ressort de ce qui précède que le prix du plomb a bien été pris en considération, de sorte que le moyen manque en fait et qu'il n'y a aucune erreur manifeste d'appréciation.

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

17. Les parties requérantes s'étendent sur le prix du plomb utilisé par TPF pour la résolution de l'équation, à savoir 4,90 €/kg, qu'ils considèrent comme fortement surestimé, alors que le prix du plomb à la bourse en octobre 2011 aurait été d'environ 1,72 €/kg.

18. Le raisonnement exposé par les parties requérantes est trop réducteur.

Le prix des plaques de plomb fabriquées en usine n'est – évidemment – pas le même que le prix du plomb à l'état brut vendu sur le marché des métaux non-ferreux.

Si l'on suivait le raisonnement des parties requérantes, avec le prix du fer sur le marché de +/- 0,14 €/kg, une voiture (dont la majorité des composants sont en acier) pesant 1000 kg, ne coûterait que 140 €. ... ce qui démontre par l'absurde le manque de pertinence de la démonstration faite dans le dernier mémoire des requérantes.

Pour prendre un exemple plus proche de la situation développée dans les écrits des parties, l'acier coûte 0,14 €/kg brut, alors qu'une poutrelle en acier coûte 2,0 €/kg; il y a donc une multiplication par un facteur 14,3 ...

La critique fondée sur le prix du plomb manque donc en fait et il n'y a aucune erreur manifeste d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur.

19. On observera en outre ce qui suit.

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

Afin d'obtenir une estimation plus précise de prix pour ces plaques de plomb, TPF demanda une offre de prix pour des plaques en plomb à un fournisseur de matériel de radioprotection, la société MERKAVA (France).

Le prix du fournisseur était de 4,09 €/kg.

En ajoutant un coefficient d'environ 1,20 pour l'usinage en queues d'aronde, on obtint un prix d'environ 4,90 €/kg. Ce prix, quoique de près de 50 % plus élevé que le haut de la fourchette des prix des soumissionnaires du lot 01 – Gros œuvre, variant de 2,5 à 3,30 €/kg, probablement en raison du prix dégressif pour l'achat de grandes quantités de plomb, est du même ordre de grandeur que celui utilisé par

TPF.

Le raisonnement des parties requérantes, tel que développé sous son point (iii.) manque donc de pertinence en ce qu'il se fonde sur le prix du plomb brut, et non sur le prix de produit fini. Il ne peut donc pas être suivi.

*

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

F. Dernier mémoire complémentaire de la partie adverse

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

" 3 RÉFUTATION

3.1 La temporalité de la note de calcul n'influe ni sur sa véracité, ni sur sa régularité

6. L'Auditorat laisse entendre que, puisque la note de calcul a été rédigée postérieurement à la décision d'attribution, cela emporterait une conséquence quant à sa véracité ou sa régularité et, partant, sur le respect, par le pouvoir adjudicateur, de son obligation de contrôle et de vérification des prix.

7. Cependant, force est de constater que tel n'est pas le cas.

La note de calcul réalisée par l'auteur de projet TPF «a pour but d'expliquer le calcul de l'estimation du prix de blocs Verishield», et non d'établir que la vérification des prix, déjà réalisée, a bien été effectuée. Celle-ci, en effet, avait été réalisée, *in tempore non suspecto*, préalablement à la décision d'attribution du marché en cause.

La véracité et la régularité de la note de calcul déposée se base sur des informations pertinentes au regard de la matière et du prix global des bunkers. En effet, «malgré [leurs] demandes insistantes auprès du fournisseur, [TPF n'obtient] pas de données – même approximatives – sur le prix unitaire des briques Verishield». Si des zones floues subsistent dans cette analyse, il n'est donc pas possible de les imputer au pouvoir adjudicateur ni à l'auteur de projet TPF.

8. Dès lors, nul argument ne peut être tiré quant à la vérification des prix sur la seule base de la date de réalisation de la note de calcul.

3.2 La valeur de l'offre de VERITAS utilisée

9. Il faut, avant tout, rappeler que la partie adverse avait déjà, dans son dernier mémoire du 24 juin 2016, souligné le caractère d'«offre» - les guillemets utilisés mettant l'accent sur le caractère artificiel de l'appellation.

10. Le document fourni par VERITAS ne peut être considérée comme une offre.

Tout d'abord, et comme déjà précisé au point 3 du dernier mémoire du 24 juin 2016 remis par la partie adverse, il apparaît que le fait que le document remis par VERITAS ne contienne pas de prix unitaires, mais uniquement un prix global, s'explique «parce que VERITAS savait que l'hôpital prospectait le

marché en vue d'établir les cahiers des charges, de sorte que la partie adverse ne serait pas un "véritable" client».

Ce document ne constituait donc, à l'évidence, qu'une étape dans les pourparlers précédant l'échange des consentements et, ni pour VERITAS ni pour le pouvoir adjudicateur, une offre révélant «l'intention ferme et définitive de l'offrant de se lier par la seule acceptation du destinataire, et qu'elle contienne toutes les précisions nécessaires sur les conditions essentielles du contrat».

Le fait que, en page 16 de l'offre soit mentionné un point «Acceptance», est étranger à la valeur que donnaient les parties à ce document; il s'agit d'un document à valeur commerciale, utilisé de manière récurrente par la société VERITAS, comme en témoigne la mise en page et le contenu de celui-ci, peu personnalisés.

En outre, le courriel transmettant ce document à l'auteur de projet TPF mentionne très clairement «Nous devons en parler pour mettre certains points au clair, p.ex. qui quand comment etc.».

Ce constat est, enfin, encore renforcé par la mention, au point 6.0. du document qu'une visite sur le site est encore nécessaire.

11. Il peut être déduit des points qui précèdent que le document fourni par VERITAS à TPF a permis à l'auteur de projet de procéder à la vérification des prix, et notamment du prix unitaire des blocs Verishield, mais ne peut être regardé, dans sa globalité, comme un devis mentionnant des prix unitaires précis et engageants.

- 3.3 Le fait que l'offre de VERITAS proposerait une solution tout en un (plomb compris)

12. Nous renvoyons aux points 14 et suivants du dernier mémoire du 24 juin 2016 de la partie adverse quant à ce.

3.4 Capacité technique de VERITAS

13. La société interrogée, VERITAS, est experte dans la conception d'éléments de radioprotection et active dans de nombreux pays à travers le monde.

Dès lors, il apparaît hautement improbable que VERITAS oublie de tenir compte d'un élément essentiel – et aussi coûteux, en proportion du reste des matériaux nécessaires, que le plomb, quand il est nécessaire.

3.5 Pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur

14. Quant au choix de l'attributaire de se faire fournir un matériau venant des États-Unis, et quand bien même ce choix serait, selon l'Auditeur, «antiéconomique», le pouvoir adjudicateur conserve, dans la stricte limite de ses pouvoirs et de la procédure choisie, un pouvoir discrétionnaire quant à la provenance des matériaux servant à la réalisation de l'objet du marché. Il n'est par ailleurs pas démontré, qu'à l'époque, pour VERITAS, dans le cadre d'une solution «clé sur porte», il aurait été plus économique de faire venir le plomb d'ailleurs que des États-Unis.

De plus, il apparaît que le transport de ces matériaux, lui, est bien pris en compte par le document remis par VERITAS.

15. Pour le surplus, la partie adverse s'en réfère à son dernier mémoire du 24 juin 2016".

G. Dernier mémoire complémentaire des requérantes

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

" 4. MOYEN UNIQUE

4.1 Rappel du moyen

9. Les requérantes s'en réfèrent à leur dernier mémoire précédant du 25 mai 2016, auquel elles souhaitent ajouter les observations qui suivent.

Le débat autour de l'offre de Veritas et de l'estimation du prix des blocs «VeriShield» peut être résumé comme suit :

10. Les parties requérantes ont remis un prix de 6.758,79 €/m³ pour la fourniture des blocs à haute densité VeriShield V5 – comme requis explicitement selon le cahier de charge; l'attributaire a quant à lui remis un prix de 1.163,19 €/m³. La question centrale du débat est le caractère normal ou anormal du prix remis par l'attributaire pour les blocs VeriShield.

Il était en effet pour les soumissionnaires très difficile de trouver un fournisseur de ces blocs particuliers à haute densité. La partie adverse avait partant renseigné tous les soumissionnaires sur un fournisseur de ces blocs : la société Veritas, située aux Etats-Unis. Les parties requérantes n'en ayant trouvé qu'un seul autre, qui était encore plus cher que celui renseigné par la partie adverse, se sont basées sur le devis du fournisseur renseigné par la partie adverse, Veritas, pour remettre prix. Par la suite, elles ont constaté qu'un concurrent avait remis un prix six fois moins élevé que le leur pour le même matériau. Vu l'absence de différents fournisseurs sur le marché et le fait que les parties requérantes s'étaient fondées sur le prix du fournisseur renseigné par la partie adverse elle-même, elles ont été particulièrement surprises que la partie adverse ne se pose apparemment aucune question quant à ce prix manifestement anormalement bas de 1.163,19 €/m³.

Dans son premier avis, M. le Premier auditeur a considéré que dans la mesure où le prix remis par l'adjudicataire était proche de l'estimation pour ce poste de la partie adverse, il pouvait s'avérer normal que la partie adverse ne se soit pas inquiétée d'un caractère anormalement bas de ce poste. Ce raisonnement ne valait cependant qu'à condition que l'estimation soit elle-même correcte. C'est aussi ce que Votre Conseil avait retenu dans son arrêt n° 231.227 du 18 mai 2015, relatif à la procédure de suspension introduite par les sociétés Galère et consorts:

«En n'estimant pas "anormalement bas" un prix [NDA : celui des Adjudicataires, soit 1.163,19 EUR/m³] supérieur de quarante-cinq pourcents à sa propre estimation [NDA : soit 800,00 EUR/m³], la partie adverse n'apparaît pas, à première vue, avoir commis une erreur d'appréciation qui puisse être qualifiée de manifeste, sauf à considérer que cette estimation serait elle-même entachée d'une erreur manifeste d'appréciation» (...).

La partie adverse avait fourni à M. le Premier auditeur (i) une explication de la manière dont elle avait calculé cette estimation et, ensuite, (ii) l'offre de Veritas au bureau TPF. Ces pièces n'avaient pas été portées à la connaissance des parties

requérantes avant le rapport de M. le Premier auditeur.

Ayant pu en prendre connaissance après ce rapport, les parties requérantes ont constaté qu'en réalité, l'analyse de TPF, qui avait pu aboutir à une estimation de 800,00 €/m³, était en réalité fondée sur l'offre de Veritas et partait du postulat erroné qu'il fallait retirer du prix de cette offre (3.820.500 USD), le prix de 357 tonnes de plomb (soit 2.484.006 USD), ce qui revenait à obtenir un prix oscillant entre 700,00 €/m³ et 1.060,00 €/m³ pour les blocs VeriShield.

Toutefois, et comme plus amplement développé dans leur dernier mémoire, les requérantes ont constaté que si on ne retirait pas du prix de l'offre de Veritas d'octobre 2011 le prix du plomb, les blocs Verishield (dont il n'est d'ailleurs pas évident qu'il s'agirait uniquement de blocs V5, comme requis selon le cahier des charges) auraient eu un prix unitaire de 5.257,54 €/m³, soit bien plus que les 700,00 – 1.060,00 € avancés par la partie adverse dans sa note à M. le Premier auditeur.

11. La question à trancher en l'espèce est donc d'examiner si TPF a pu raisonnablement estimer le prix unitaire de 800,00 €/m³ des blocs VeriShield V5 sur la base de l'offre (ou du devis) de Veritas qui a été adressée à la partie adverse (Pièce n° 15).

En effet, le bureau TPF énonce, dans une note (ci-après «note explicative», «note de calcul», «note»; Pièce n° 14), qu'il s'est basé sur l'offre de Veritas de 2011 pour estimer le prix de ces blocs.

Cette note de calcul se fonde sur la prémisse selon laquelle l'offre de Veritas porterait sur 477 m³ de blocs VeriShield ainsi que d'un système de supportage de poutrelles en acier et sur la fourniture de 357 tonnes de plomb.

12. Cette estimation du prix unitaire des blocs VeriShield V5 faite par TPF se fonde, sans conteste, sur une méthode de calcul qui est incorrecte car elle repose sur des postulats de départ qui sont faux, et plus précisément sur le fait que l'offre de Veritas tiendrait compte de la présence de plomb, ce qu'elle ne fait pas.

Les requérantes démontreront ci-dessous, comme l'a d'ailleurs retenu Monsieur le Premier auditeur, que l'offre de Veritas ne porte pas sur la fourniture de plomb. L'offre de Veritas inclut ainsi uniquement la fourniture de blocs VeriShield destinés au blindage des murs des salles de radiothérapie et, en aucun cas, la fourniture de plomb destiné au blindage des plafonds de ces mêmes salles. Par conséquent, il faut en déduire que le calcul de l'estimation du prix par la partie adverse était erroné et l'analyse de la normalité des prix des offres remis pour ce poste s'en est trouvée biaisée.

13. Avant d'apporter cette démonstration et en réponse au dernier mémoire de la partie adverse, les requérantes émettent à titre préalable deux observations :

Premièrement, la qualification que l'on donne au document fourni par Veritas, sur lequel s'est basé TPF pour estimer le prix unitaire des blocs VeriShield V5, n'a aucune importance. La partie adverse elle-même a d'ailleurs utilisé différents termes pour qualifier ce document de manière interchangeable dans ses écrits. Que ce document soit qualifié d'«offre», de «devis» ou d'«estimation» n'est absolument pas relevant en l'espèce. En effet, ce qui importe est que, en tout état de cause, et comme le reconnaît d'ailleurs la partie adverse dans son dernier mémoire complémentaire, c'est sur ce document (quelle que soit sa qualification) que TPF confirme s'être basé pour établir son estimation du prix. Or, cette estimation part du principe que l'offre comprendrait, dans le prix remis, une part substantielle de plomb ce qui est manifestement inexact à la lecture du document.

Deuxièmement, que la note de calcul de TPF ait été rédigée postérieurement ou antérieurement à la décision d'attribution du marché n'est pas non plus relevant en l'espèce. En effet, cette note explique la position de la partie adverse quant à la manière dont celle-ci a procédé à l'estimation du prix des blocs VeriShield et ceci n'est pas contesté par la partie adverse.

4.2 Développements

14. Les arguments de la partie adverse selon lesquels l'offre de Veritas prévoirait la fourniture de plomb ne repose sur aucun élément de preuve et ne peut convaincre (voyez le point 4.2.1. ci-dessous).

A l'inverse, l'absence de plomb est établie sur la base d'éléments objectifs et incontestables (voyez le point 4.2.2. ci-dessous).

4.2.1 Quant aux éléments avancés par la partie adverse pour soutenir la présence de plomb

(a) Les plans ne permettent pas de déduire la présence de plomb dans l'offre de Veritas

15. L'argument tiré de la présence de plomb sur les seuls plans n'est pas de nature à établir la présence de ce plomb dans le devis. La partie adverse avance, en effet, que le plomb est présent dans l'offre de Veritas de manière implicite car «le plomb figure clairement sur les plans de Veritas qui ont précédé et succédé à l'offre».

- Tout d'abord, rien ne permet d'établir un lien entre ces plans et le devis. La partie adverse affirme l'existence de ce lien, mais ne le démontre aucunement.

Ce lien est d'autant plus improbable que, comme exposé à plusieurs reprises déjà dans nos écrits antérieurs, les plans concernés ne sont pas contemporains au devis (ils datent de 2009 et 2013 alors que le devis de Veritas date de 2011) et ne sont d'ailleurs annoncés nulle part dans le document auquel ils sont censés se rapporter. L'offre de Veritas ne fait aucunement mention de ces plans et ne s'y réfère pas.

- Ensuite, ces deux plans ne permettent en aucun cas d'apporter le moindre élément d'information quant à la teneur de l'offre de Veritas de 2011.

La présence de plomb sur les plans de 2009 est très marginale et représenterait tout au plus 2 m² par salle, ce qui ne correspond absolument pas aux 357 tonnes que la partie adverse prétend voir dans le devis de Veritas de 2011.

Les plans de 2013, quant à eux, révèlent bien la présence de plomb au niveau des plafonds mais ceci est logique puisqu'entre-temps, et postérieurement donc au devis, l'auteur de projet a pu décider qu'il allait mettre du plomb dans les plafonds des bunkers. Ceci ne signifie nullement que Veritas a remis une estimation du prix du plomb et que ce prix était compris dans le prix total de son devis. En effet, les plans de 2013, postérieurs au devis, ne peuvent donner aucune indication quant à la teneur de l'offre de Veritas de 2011.

- En outre, ce n'est pas parce que du plomb était prévu dans le bâtiment et sur les plans que le devis de Veritas en prévoyait nécessairement. Tel est d'autant plus le cas que, comme le rappelle la partie adverse elle-même dans ses écrits, l'Institut Bordet n'avait pas vocation à commander les matériaux faisant l'objet du devis, en sorte que celui-ci pouvait très bien être établi sur la base d'un scénario qui n'était pas en tous points conforme à ce qui était prévu par les plans et qui serait finalement bâti dans la réalité.

- Enfin, la partie adverse reconnaît, dans un email envoyé à M. le Premier auditeur en date du 14 novembre 2016, que la société Veritas est un spécialiste des blocs à haute densité et non un spécialiste de fourniture de plomb, ce qui est correct.

Ainsi, contrairement à ce qu'avance la partie adverse dans son dernier mémoire complémentaire, Veritas n'a pas du tout «oublié» de tenir compte du plomb dans son offre. Veritas n'a, en toute logique, pas repris ce poste dans son offre car elle a remis une offre portant uniquement sur l'élément qui relève de sa spécialité, de son *core business*, à savoir les blocs VeriShield (et non le plomb), en supposant sans doute, comme cela a été plus que probablement le cas en exécution, que l'Institut Bordet achèterait le plomb ailleurs. Il n'y a en effet aucune raison d'acheter du plomb à une société hautement spécialisée et située aux Etats Unis telle que l'est Veritas.

Ceci est d'autant plus vrai que l'Institut Bordet n'a absolument pas spécifié, dans le cahier spécial des charges, de provenance du plomb et que, en tout état de cause, l'attributaire n'a pas choisi de se faire fournir un matériau venant des Etats-Unis.

La partie adverse semble d'ailleurs, dans son dernier mémoire complémentaire, faire de ce qui est avancé par M. le Premier auditeur dans son rapport complémentaire (le fait qu'il serait «antiéconomique» pour l'attributaire de choisir de se faire fournir un matériau venant des Etats-Unis, un argument à part entière. Or, il s'agit uniquement d'un indice, d'un élément concordant qui permet de soutenir que l'offre de Veritas ne tient pas compte du plomb. Ceci est d'autant plus pertinent si on tient compte de l'argument avancé par la partie adverse dans son dernier mémoire complémentaire, qui est de considérer que le document remis par Veritas n'est pas une offre.

C'est ainsi à bon droit que M. le Premier auditeur a relevé, dans son rapport complémentaire, que «ce n'est pas parce que les plans indiquent que des protections en plomb seront installées qu'il faut en déduire que Veritas allait fournir 357 tonnes de plomb alors que Veritas n'apparaît nullement comme vendeur de plomb et qu'il est antiéconomique de faire venir 357 tonnes de plomb depuis les Etats-Unis alors que cette fourniture est présente en Belgique».

16. Par ailleurs, les requérantes ne contestent pas que le projet tel que mis en adjudication prévoyait le recours au plomb pour procéder au blindage des plafonds des salles de radiothérapie. Ce fait incontestable résulte des documents du marché.

Cependant, ce n'est pas parce que le projet du nouvel Institut, tel qu'il a été mis en adjudication en 2014, prévoyait effectivement l'isolation des plafonds des salles de radiothérapie à l'aide de plomb, que le devis de Veritas de 2011 a nécessairement été élaboré sur la base d'un tel scénario. Ainsi, en l'espèce, le devis de Veritas était bâti sur un scénario qui prévoyait le recours à des blocs VeriShield pour assurer tant l'isolation des murs que celle des plafonds des salles de radiothérapie et ne prévoyait donc pas la fourniture de plomb.

Veritas a en effet établi son devis en précisant que celui-ci n'envisageait l'isolation des salles de radiothérapie (murs et plafonds) qu'à l'aide de blocs VeriShield (et donc sans plomb) :

«*Shielding design is based on using all VeriShield V250*».

Ceci est d'ailleurs tout à fait cohérent compte-tenu du fait que ce devis n'a pas été sollicité par la partie adverse (TPF) dans la perspective de donner lieu à une commande effective, mais dans le seul but d'estimer le prix unitaire des blocs VeriShield. La partie adverse le rappelle d'ailleurs dans son dernier mémoire

(«Ceci s'explique probablement parce que Veritas savait que l'hôpital prospectait le marché en vue d'établir les cahiers des charges, de sorte que la partie adverse ne serait pas un "véritable" client», p. 3/14). L'utilité de ce devis se limitait ainsi à fournir à la partie adverse (TPF) une base objective pour estimer le prix unitaire des blocs VeriShield. Dans une telle optique, rien n'imposait à la partie adverse (TPF) de solliciter un devis sur la base d'un scénario qui corresponde en tous points au projet tel qu'il devait voir le jour. Si l'idée était d'évaluer le prix unitaire des blocs VeriShield, il était même cohérent de solliciter un devis qui ne portait que sur ce matériau précis.

17. Enfin, dans son dernier rapport, M. le Premier auditeur rappelle qu'«à l'audience du 25 janvier 2017, la partie adverse a plaidé que le point 6.0. de l'offre indiquait la livraison de plomb». Or, la partie adverse admet, dans son dernier mémoire du 24 juin 2016, soit avant cette audience, que «l'offre de Veritas ne mentionne pas explicitement le plomb dans son offre».

Outre la contrariété de ces deux éléments, on relèvera que c'est à bon droit que M. le Premier auditeur considère, dans son rapport complémentaire, que «le point 6.0. de l'offre ne peut recevoir cette lecture puisqu'il indique qu'en attendant une visite des lieux, l'offre ne comprend pas le déplacement et la relocalisation de mécanismes, de tuyauteries, de protection incendie et autres éléments susceptibles d'entraver la mise en place des blocs».

(b) L'adverbe «*primarily*» repris dans l'offre ne permet pas de déduire la présence de plomb

18. L'offre de Veritas contient la mention suivante :

«*Veritas Medical Solutions*, Société à responsabilité limitée («Veritas») propose une formule «clé en main» incluant des services complets d'analyse physique, de design d'ingénierie de structure et d'installation, pour construire les salles mentionnées ci-dessus. Des matériaux constitués principalement des blocs Veritas à ultra haute densité VeriShield, seront utilisés pour assurer le blindage des murs et des plafonds» (...).

Pour soutenir que ce passage serait conciliable avec la présence de plomb dans le devis de Veritas (*quod non*), la partie adverse s'appuie sur l'adverbe «*primarily*» (principalement) mentionné dans la phrase.

Elle soutient ainsi en substance que le fait que l'offre de Veritas prévoit que le blindage des murs et des plafonds serait réalisé au moyen de matériaux constitués «principalement» de blocs Veritas à ultra haute densité, laisserait la place à une présence de plomb dans ledit devis.

L'argument de la partie adverse ne peut être suivi.

En effet, si la partie adverse exploite le recours au terme «principalement» contenu dans la phrase citée dans la question de M. le Premier auditeur, elle ne conteste toutefois pas la partie de cette phrase qui affirme que «des blocs Veritas à ultra haute densité (...) seront utilisés pour assurer le blindage des murs et des plafonds».

19. Même s'il fallait admettre que l'usage de l'adverbe «*primarily*» laisserait la place, dans le devis de Veritas d'octobre 2011, à la fourniture d'un matériau autre que les blocs VeriShield, rien ne permet de soutenir qu'il s'agirait spécifiquement de plomb. Au contraire, Veritas indique elle-même dans son devis («*Project overview*») qu'elle fournira d'autres éléments, tels la structure métallique pour poser les blocs VeriShield («*roof support systems*»), sans en revanche que le plomb ne soit mentionné (Pièce n°15, p. 3).

En outre, s'il fallait admettre que la solution proposée par Veritas dans le devis recourant «principalement» à l'usage de blocs VeriShield, visait par ailleurs également du plomb, cela ne pourrait nécessairement être qu'à titre accessoire.

Or d'après TPF (et la partie adverse), le devis prévoyait la fourniture de 357 tonnes de plomb (...), ce qui n'a rien d'«accessoire».

Par ailleurs, en tenant compte – selon les paramètres de la note explicative de la partie adverse – d'un prix unitaire du plomb de 4,90 EUR/Kg et du fait que, selon la partie adverse encore, le devis de Veritas en prévoyait 357 tonnes, le plomb représenterait (4,9 x 357.000,00) 1.749.300,00 EUR, soit 2.484.006,00 USD (selon le cours de l'époque, soit 1 EUR = 1,42 USD), ce qui ne constitue rien de moins que 65 % du montant total du devis (3.820.500,00 USD).

Selon le calcul même de la partie adverse, le devis de Veritas ne contiendrait donc pas «*primarily*» des blocs VeriShield, mais «*primarily*» du plomb, ce qui est pourtant contraire à ses termes mêmes.

4.2.2 Quant aux éléments objectifs qui démontrent l'absence de plomb

20. Les requérantes ont déjà exposé, à diverses reprises, dans leurs écrits antérieurs, que Veritas elle-même avait confirmé que son devis d'octobre 2011 ne prévoyait pas la fourniture de plomb, et que celui-ci était bâti sur un scénario dans lequel le blindage des plafonds était réalisé à l'aide de blocs VeriShield également.

Nous reprenons ici les principaux arguments qui attestent du fait que l'offre de Veritas ne propose aucune solution comprenant du plomb («*lead*» en anglais) et renvoyons, pour le surplus, à nos écrits antérieurs :

(a) L'offre de Veritas ne mentionne pas de plomb

21. Il n'est à cet égard pas possible qu'un devis (voire même une estimation) prévoirait la fourniture de plomb dans de telles proportions (357 tonnes pour plus de 2.480.000 USD) sans le mentionner à une seule reprise.

C'est ainsi à bon droit que M. le Premier auditeur a relevé, dans son rapport complémentaire, que «l'on conçoit très mal qu'une entreprise n'indique [pas] dans une remise de prix un poste valant 65 % de sa valeur».

(b) L'email de Veritas du 19 mai 2016 adressé à la société Eraerts en réponse à son email du 17 mai 2016 (...) :

22. Monsieur Mouchet a, à titre surabondant, posé explicitement la question à la société Veritas quant à la présence ou non de plomb dans son offre. La réponse de Veritas est formulée en ces termes :

*«Dear Mr. Mouchet,
Thank you for your email. I checked with our estimating department and the \$ 3.8m proposal included the appropriate amount of shielding in the roof BUT utilizing our VeriShield product. This method is a tremendous cost savings and is 100 % shielding guaranteed. The solid lead is an option, but is about double in price. Please let me know if you have any other inquiries »* ~~(les requérantes soulignent et surlignent)~~. (...).

Traduction libre :

«Cher Monsieur Mouchet,
Merci pour votre e-mail. J'ai vérifié avec notre département des estimations et le devis de 3,8 millions \$ comprenait la quantité appropriée de blindage pour le

plafond MAIS en utilisant notre produit VeriShield. Cette méthode représente une économie substantielle dont le blindage est garanti à 100 %. L'usage de plomb solide est une option, mais coûte deux fois le prix. N'hésitez pas à revenir vers moi si vous avez d'autres questions» (...).

En d'autres termes, dans sa réponse qu'elle adresse à la société Eraerts, la société Veritas confirme que son offre ne prend pas en compte de plomb. Et contrairement à ce qu'avance la partie adverse dans son dernier mémoire, il n'y a pas lieu de mettre en doute la véracité de ses dires.

En effet, quel intérêt la société Veritas aurait-elle à mentir dans cette situation ? Absolument aucun. Il s'agit en effet d'un marché public belge et la société Eraerts ne s'est précisément pas vu attribuer le marché.

(c) L'email de Veritas du 26 mai 2016 adressé à la société Eraerts (pièce n° 19):

23. Veritas a par la suite encore confirmé l'absence de plomb dans son devis, dans un e-mail du 26 mai 2016 :

«In the scenario we have discussed for the Jules Bordet Hospital project we have figured the following :

The walls will contain approximately 400 cubic meters or 97,525 VeriShield V250 shielding block.

The ceilings (roofs) will contain approximately 500 cubic meters or 122,300 VeriShield V250 shielding block.

This is a total of ~900 cubic meters or 219,825 V250 shielding block.

Our number included the support beams and also installation of same» (...).

Traduction libre :

«Dans le scénario envisagé pour l'Hôpital Jules Bordet, nous avons prévu ce qui suit :

Les murs contiendront approximativement 400 m³ ou 97.525 blocs VeriShield V250.

Les plafonds (toits) contiendront approximativement 500 m³ ou 122.300 blocs VeriShield V250.

Soit un total d'approximativement 900 m³ ou 219.825 blocs VeriShield V250.

Nos chiffres incluait les structures de support ainsi que le coût de leur installation» (...).–

Il ressort clairement de cet email que le devis de Veritas portait sur la fourniture de blocs VeriShield à l'exclusion de tout autre matériau.

Les requérantes soulignent d'ailleurs qu'il ne faut pas perdre de vue que, dans la mesure où la note explicative prétend justifier l'estimation du prix unitaire des blocs VeriShield sur la base du devis de Veritas, les volumes qu'elle reprend doivent nécessairement être ceux qui sont prévus par le devis lui-même alors qu'il convient de se fonder sur le devis lui-même afin de calculer le prix unitaire des blocs VeriShield.

(d) Plusieurs passages de l'offre elle-même (...), qui sont également rappelés

‡CGKRKCADG-BDBCHCV‡

par M. le Premier auditeur dans son rapport complémentaire:

24. Le texte de l'offre de Veritas lui-même confirme encore l'absence de plomb :

- En page 9, l'offre mentionne: «*Shielding design is based on using all VeriShield V250*»;
- En page 12, l'offre de Veritas contient un détail de la phase logistique de la livraison où il n'est absolument pas question de plomb mais uniquement de palettes VeriShield, soit les blocs;
- En page 12 toujours, Veritas indique qu'elle acheminera les palettes de blocs VeriShield mais jamais des palettes de plomb, ce qui ne cesse d'interpeller lorsque ce plomb représente 65 % de la commande;
- En page 13, l'offre mentionne que le matériel livré par Veritas comprend les blocs VeriShield et divers accessoires mais à aucun moment du plomb :

«Materiel supplied by Veritas will include : VeriShield block, shielding grout, steel bearing plates, structural steel beams with associated components. All materials produced will be clearly delineated and tagged at the Veritas facilities at the moment the product is produced for the client. All materials are available for inspection at any time given 48 hours advance notice» (...).

Traduction libre:

«Les matériaux fournis par Veritas incluront : des blocs VeriShield, des joints de blindage, des plaques portantes métalliques, des poutres portantes métalliques avec composants associés. Tous les matériaux produits seront clairement définis et étiquetés dans les installations de Veritas au moment où le produit sera fabriqué pour le client. Tous les matériaux peuvent être inspectés à n'importe quel moment, sous réserve d'une notification 48 h à l'avance» (...).

- En page 13 toujours, est exposée la technique de pose des blocs VeriShield mais jamais celle de plomb.

(e) La partie adverse a reconnu elle-même que l'offre de Veritas ne mentionnait en réalité pas la présence de plomb

25. Enfin, on relèvera qu'en réalité, la partie adverse elle-même a reconnu à diverses reprises qu'en réalité l'offre de Veritas ne visait pas le plomb:

- Dans son email du 14 novembre 2016 adressé à M. le Premier auditeur, la partie adverse écrit qu'«il n'est pas complètement illogique que le plomb ne soit pas repris de manière détaillée dans l'offre dans la mesure où Veritas était une société spécialisée en construction de blocs à haute densité (...)». Ensuite, dans son dernier mémoire complémentaire du 19 avril 2017, la partie adverse soutient l'inverse puisqu'elle écrit : «la société interrogée, Veritas est experte dans la conception d'éléments de radioprotection et active dans de nombreux pays à travers le monde. Dès lors, il apparaît hautement improbable que Veritas oublie de tenir compte d'un élément essentiel – et aussi coûteux, en proportion du reste des matériaux nécessaires, que le plomb, quand il est nécessaire»;
- Toujours dans son dernier email du 14 novembre 2016, la partie adverse confirme que «le devis ne reprend aucun élément relatif au plomb». Or, dans sa note technique transmise à l'Auditorat, la partie adverse se base uniquement sur les données chiffrées du devis de Veritas pour calculer l'estimation des blocs VeriShield.

4.3 Conclusion

26. Il résulte des éléments qui précèdent qu'il est clair que l'offre de Veritas avait uniquement pour objet la fourniture de blocs VeriShield destinés à isoler tant les murs des salles de radiothérapie que leurs plafonds, et n'incluait donc ni explicitement ni même implicitement la fourniture de plomb destiné au blindage des plafonds.

C'est ainsi à bon droit que M. le Premier auditeur a rappelé, dans son rapport complémentaire, que «la note de calcul se fonde sur la prémisse selon laquelle l'offre de Veritas porterait et sur la fourniture de 357 tonnes de plomb et de 477 m³ de blocs VeriShield ainsi que d'un système de supportage de poutrelles en acier (...) alors que force est de constater que l'offre Veritas (...) ne contient à aucun endroit la moindre référence à la livraison de 357 tonnes de plomb (...) soit 65 % du prix de l'offre Veritas» (p. 2).

Par conséquent, selon les calculs repris dans notre dernier mémoire du 25 mai 2016, le prix unitaire selon le devis de Veritas des blocs VeriShield devait être de 5.257,54 €/m³. Vu le temps écoulé entre le devis et la remise de l'offre par les soumissionnaires et le fait que l'offre portait apparemment tant sur des blocs V4 que V5, alors que la partie adverse a finalement dans le cahier spécial des charges demandé prix uniquement pour des blocs V5 (plus chers), le prix par m³ remis par les requérantes (6.758,79 €/m³) et celui remis par la société Galère et consorts (7.356,00 €/m³) semblent normaux. En revanche, l'estimation de la partie adverse (800 €/m³) était quant à elle manifestement anormale et erronée.

La partie adverse n'a relevé cette erreur, ni lors de l'estimation elle-même, ni par la suite, au vu des prix remis pour le poste «blocs VeriShield» par les différents soumissionnaires.

L'analyse de la normalité des prix des offres remis pour ce poste s'en est trouvé biaisée. La partie adverse aurait ainsi dû considérer, à la suite du rapport établi par le bureau en charge de l'examen des offres, TPF, que le prix proposé par le futur attributaire du marché pour la fourniture de blocs VeriShield à densité minimale de 5g/cm³ (soit 1.163 €/m³) constituait un prix anormalement bas au vu des données dont elle disposait et des prix des autres soumissionnaires, ce qu'elle n'a pas fait.

Par conséquent, la décision d'attribution qui ne relève pas ce fait et se fonde sur les prix, considérés comme normaux, de l'attributaire, viole les dispositions visées au moyen".

VI.2. *Appréciation du Conseil d'Etat*

A. Quant à la recevabilité du moyen

Les requérantes exposent de manière suffisamment précise quelles illégalités la partie adverse aurait commises à l'occasion de l'examen de l'offre finalement retenue, au regard des prix proposés, spécialement pour ce qui concerne le prix unitaire proposé pour les blocs VERISHIELD.

L'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

B. Quant au caractère fondé du moyen

L'évolution des débats, en la présente procédure, a conduit à focaliser l'attention sur les circonstances dans lesquelles la partie adverse (à l'intervention de son auteur de projet) a, préalablement à la mise en concurrence du marché litigieux, procédé à l'estimation du prix unitaire pour la fourniture de blocs V5 à densité minimale de 5g/cm^3 , estimation fondée sur un calcul qu'expose une note établie par l'auteur de projet, celle-ci fût-elle postérieure à l'adoption de l'acte attaqué; ce calcul, effectué par le bureau d'études spécialisé auquel la partie adverse avait fait appel, aboutit à situer le prix unitaire des blocs concernés entre 700 et 1060€/m³. Il convient, par ailleurs, de rappeler que – comme cela ressort des écrits de procédure et de la pièce 5 du dossier administratif (à savoir l'extrait du métré estimatif relatif au poste "Blocs à haute densité") – ce même bureau d'étude avait estimé à 800 €/m³ ce même prix unitaire.

Cette évolution des débats ne peut toutefois pas faire perdre de vue la portée du moyen: notamment pris de la violation de l'article 21, §§ 1^{er} et 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, il fait principalement grief à la partie adverse d'avoir admis un "prix [unitaire] anormalement bas qui aurait dû justifier l'écartement de l'offre des adjudicataires ". En particulier, il fait valoir, au point 14 (*in fine*) de la requête, qu' "il ne fait aucun doute qu'en n'actionnant pas la procédure de vérification des prix de l'Adjudicataire dans un premier temps, et en n'écartant pas leur [*sic*] offre dans un second temps, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation".

L'article 21, §§ 1^{er} et 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité est libellé comme suit:

" § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification.

[...]

§ 3. 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".

Dans la procédure de vérification des prix organisée par cette disposition, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation, tant pour considérer, ou non, un prix comme "paraissant anormalement bas ou élevé" et inviter les soumissionnaires concernés à justifier ce prix, que pour admettre, ou non, les justifications apportées par les soumissionnaires en pareille hypothèse. Il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité, et ce sans préjudice de la censure d'une erreur manifeste d'appréciation que cette autorité aurait, le cas échéant, commise dans l'application de l'article 21.

Par ailleurs, et dès lors que l'estimation d'un prix, préalable à la mise en concurrence d'un marché public, est étrangère à la mise en œuvre de l'article 21 précité, le seul fait, pour un pouvoir adjudicateur, d'avoir établi, préalablement à la mise en concurrence d'un marché public, une estimation de prix qui puisse ultérieurement passer pour erronée, ne suffit pas, en soi, à imputer à ce pouvoir adjudicateur, une erreur manifeste d'appréciation dans l'application de l'article 21 précité, au point qu'il faille conclure à une violation de cette disposition. C'est donc en fonction du cas d'espèce qu'il convient d'examiner les conséquences d'une estimation préalable susceptible d'apparaître erronée pour l'examen d'un moyen pris de la violation de cet article 21.

L'estimation au regard de laquelle n'a pas été considéré comme paraissant anormalement bas le prix unitaire proposé par les attributaires du marché pour la fourniture de blocs V5 à densité minimale de 5g/cm³ procède d'un calcul effectué par l'auteur de projet au départ du document communément intitulé "offre VERITAS" et

en ayant égard à un prix global de 3.820.500 USD. Il importe peu de décider si ce document contient, ou non, une offre liant le fournisseur VERITAS, l'essentiel étant de déterminer si, de la proposition qui y est formulée, l'auteur de projet a pu inférer qu'était incluse la fourniture de 357 tonnes de plomb.

A supposer que ce calcul, dont il n'est rendu compte – comme cela vient d'être rappelé – que dans un document postérieur à l'adoption de l'acte attaqué, soit celui qui a guidé la partie adverse dans la vérification des prix proposés par les soumissionnaires, il y a lieu de relever qu'il repose sur la prémisse selon laquelle cette offre portait sur la fourniture des briques VERISHIELD pour 477 m³, de plomb (au plafond) pour 357 tonnes et d'un "système ou supportage de poutrelles en acier". En ayant égard à un prix unitaire de 4.900 €/t, le coût total d'acquisition du plomb (soit 1.749.300 €) représenterait approximativement 65% du prix total de l'offre VERITAS, ce que ne conteste pas la partie adverse.

Force est toutefois de relever que le document présenté comme étant l'"offre VERITAS" ne contient pas de référence à la livraison de plomb. Celle-ci est d'autant moins vraisemblable que, d'une part, ce fournisseur ne pouvait – s'il avait été question de livrer cette quantité de plomb – omettre de mentionner une composante à ce point importante de son offre et que, d'autre part, ce document qui contient la description de ce qu'inclut ou exclut la proposition ne pouvait passer sous silence la fourniture de plomb si celle-ci était prévue. Par ailleurs, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas pourquoi l'"offre VERITAS" annoncerait, comme elle le fait au titre des aspects logistiques de la livraison, la fourniture de palettes de VERISHIELD, et non celle de palettes de plomb si elle portait également sur la fourniture de 357 tonnes de plomb. La partie adverse demeure, à cet égard, en défaut d'apporter quelque élément d'explication.

Au terme de la réouverture des débats, la partie adverse échoue à démontrer que l'offre de VERITAS portait notamment sur la fourniture de 357 tonnes de plomb, ce qui conditionne – dans une mesure importante – l'estimation du prix unitaire des briques VERISHIELD à laquelle elle a procédé. Est vaine à cet égard, la supputation selon laquelle il est hautement improbable, au regard de l'expertise de VERITAS, que ce fournisseur aurait oublié de tenir compte du plomb. De même, la circonstance – évoquée, au travers de quelques exemples, en réponse aux questions posées à l'audience du 28 septembre 2016 – que différents échanges témoignent de la nécessité d'avoir du plomb dans le plafond et que plusieurs plans font apparaître cette présence de plomb n'atteste pas à suffisance que VERITAS, même conscient de cette nécessité, aurait nécessairement intégré la fourniture de 357 tonnes de plomb dans sa

proposition, celle-ci pouvant tout aussi bien être limitée à la seule fourniture des produits relevant de la spécialité de ce fournisseur, à savoir les briques VERISHIELD et le matériel nécessaire au système de "supportage".

Dans ces circonstances, la partie adverse ne pouvait sérieusement considérer que ne paraissait pas anormalement bas le prix unitaire proposé par les attributaires du marché pour les briques VERISHIELD (à savoir 1.163,19 €/m³), en se limitant à confronter ce prix à celui résultant de la seule estimation préalable à laquelle il aurait été procédé dans les conditions identifiées en l'espèce (à savoir 800 €/m³, selon le métré estimatif). Elle le pouvait d'autant moins que, *primo*, l'auteur de projet avait, en procédant à cette estimation, admis la difficulté de l'exercice au vu des seules données dont il disposait; que, *secundo*, la partie adverse reconnaît elle-même – notamment au point 10 (*in fine*) de son dernier mémoire complémentaire – que l' "offre VERITAS" laissait en suspens certaines questions imposant notamment qu'une visite sur place fût effectuée; et que, *tertio*, un important écart était constaté entre l'estimation établie par l'auteur de projet (soit 800 €/m³) et la moyenne des prix proposés par les soumissionnaires (soit 4.813 €/m³), comme le relève d'ailleurs la note établie par l'auteur de projet. En particulier, cet important écart imposait à la partie adverse d'interroger les soumissionnaires concernés (en ce compris, le cas échéant, ceux qui proposaient des prix sensiblement plus élevés que ceux offerts par les futurs attributaires) ou – à tout le moins – de faire apparaître les raisons pour lesquelles cet n'attestait pas, à son estime, le caractère apparemment anormal des prix concernés. Le seul fait que le prix unitaire proposé par les futurs attributaires était supérieur à l'estimation préalable ne pouvait, au regard de ces trois circonstances particulières, suffire à dispenser la partie adverse d'inviter ces soumissionnaires à justifier leur prix.

Il suit de ces développements que la partie adverse n'a pu, sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, considérer, de manière implicite mais certaine, que ne paraissait pas anormalement bas le prix unitaire proposé par les futurs attributaires du marché pour la fourniture de briques VERISHIELD et se dispenser, en conséquence, d'inviter ces soumissionnaires à justifier ce prix unitaire.

Le moyen doit, en conséquence, être déclaré fondé.

VII. Confidentialité

Les parties réitèrent les demandes de maintien de confidentialité formulées dans leurs écrits de procédure antérieurs.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'Etat et que les pièces concernées sont renvoyées aux parties, les demandes de maintien de la confidentialité sont devenues sans objet.

VIII. Indemnité de procédure et autres dépens

Les requérantes sollicitent la condamnation de la partie adverse au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

La partie adverse ne fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure des requérantes.

L'annulation de l'acte attaqué justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La décision de l'association de droit public ASSOCIATION HOSPITALIÈRE DE BRUXELLES - CENTRE HOSPITALIER UNIVERSITAIRE JULES BORDET, adoptée le 27 mars 2015 d'attribuer à la société momentanée composée des sociétés CFE, BLATON et ENTREPRISES LOUIS DE WAELE, le lot 1 "Gros-œuvre fermé" du marché de travaux ayant pour objet la construction du nouvel Institut Jules Bordet, sur le campus universitaire d'Anderlecht, est annulée.

Le recours est rejeté pour le surplus.

Article 2.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée aux parties requérantes, à charge de la partie adverse, à concurrence de 350 euros chacune.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 600 euros, sont également mis à charge de la partie adverse.

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

MM. Jacques JAUMOTTE,
Imre KOVALOVSKY,
David DE ROY,
M^{me} Katty LAUVAU,

Président du Conseil d'État,
président de chambre,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Jacques JAUMOTTE.