CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R ÊT

n^o^ 240.679 du 7 février 2018

A.224.219/VI-21.166

En cause : **la société privée à responsabilité limitée SERGE ENGLEBERT**,

ayant élu domicile chez
M^es^ Frédéric POTTIER et
Norman NEYRINCK, avocats,
boulevard d'Avroy 280
4000 Liège,

contre :

la ville de Bastogne,

ayant élu domicile chez
M^e^ Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 12 janvier 2018, la société privée à responsabilité limitée SERGE ENGLEBERT sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision d'attribution du marché de «rénovation de la rue de Neufchâteau – Voirie et trottoirs (PIC 17-18) ainsi qu'une partie de l'égouttage (PIC 13-16)», aux soumissionnaires LAMBERT FRÈRES SA/DEUMER SA/MATHIEU SA ass.moment., à BERTOGNE, rue de la Chapelle, prise par la COMMUNE DE BASTOGNE en date du 29 décembre 2017".

II. Procédure

Par une ordonnance du 16 janvier 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 31 janvier 2018 à 10 heures.

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

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

M^me^ Diane DÉOM, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Norman NEYRINCK, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e^ Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Elisabeth WILLEMART, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Faits

La partie adverse a été chargée au nom collectif de l'AIVE-SPGE, de la Région wallonne, Direction des Routes du Luxembourg et en son nom d'attribuer un marché conjoint ayant pour objet la rénovation de la route de Neufchâteau.

L'auteur de projet est la Province de Luxembourg, Services provinciaux techniques.

Le marché est passé par procédure ouverte. Le prix est l'unique critère d'attribution et la date limite pour l'introduction des offres est fixée au 6 décembre 2017 à 14 heures.

Le cahier des charges du marché énonce, notamment :

" Documents supplémentaires à joindre lors du dépôt des offres :
Attestation d'agréation :

- Les travaux sont rangés dans la catégorie C (entreprises générales de travaux routiers), classe 5".

Trois entrepreneurs remettent une offre : la requérante, la S.A. COLAS BELGIUM et l'association momentanée S.A. LAMBERT FRÈRES/DEUMER/MATHIEU.

Le rapport d'examen des offres établi par les services provinciaux est déposé le 27 décembre 2017.

Sous la rubrique "conclusion de la sélection qualitative", le rapport d'examen des offres énonce que les trois soumissionnaires sont sélectionnés et indique à propos de la requérante :

" A ce jour le soumissionnaire ne répond pas aux capacités : économique, financière, technique et professionnelle néanmoins il a remis un dossier complet en vue de l'obtention de certaines agréations au SPF Economie".

La requérante est invitée à justifier plusieurs prix unitaires susceptibles d'être anormaux.

Le rapport d'examen des offres mentionne ce qui suit :

" Après analyse des justifications des prix anormaux de l'entreprise Englebert, il en ressort des anomalies pour certains postes, dont les postes suivants :

poste 162 : démontage de revêtement en pavés de pierre en vue d'une réutilisation sur le chantier: 25 m^2: pas de main d'œuvre d'ouvrier prévue pour la réalisation de ce poste.

poste 163 : démontage de revêtement en pavés béton avec mise en dépôt: 1000 m^2: pas de temps pour la mise en dépôt prévue.

poste 164: démontage de revêtement en pavés béton en vue d'une réutilisation sur le chantier: 130 m^2: prix identiques pour une mise au dépôt communal que pour une réutilisation sur le chantier.

poste 165 : démontage de revêtement en carreaux de béton avec mise en dépôt: 2350 m^2: le rendement prévu est plus de 50% plus élevé que pour la réalisation du poste 163 alors que le démontage des dalles est plus délicat que celui des pavés de béton.

poste 172 : démolition fondation/sous-fondation en béton maigre en vue d'une évacuation : 1250 $m3^3$: l'entreprise prévoit l'utilisation de 2 camions sur une période de 48h. Le rendement prévu entraîne que chaque camion devra réaliser+/- 1,5 opération (chargement, trajet allez, déchargement, trajet retour, utilisation des déviations ou traversée du centre-ville) par heure. Même avec une proximité de l'installation de tri de l'entreprise (+/-15 kms du chantier= 30 minutes par aller-retour en camion), ce rendement paraît trop élevé.

poste 183 : terrassement pour canalisation, déblai spécial en sol compact: 15 m^3 : terrassement de 15 m^3 de sol compact en 1 heure ! Rendement impossible.

poste 198: bordure béton IDl: 920m: la réalisation de ce poste est prévue sur une période de 7 jours, à raison de 8h/jour ! Non respect des conditions d'horaires imposées dans le cahier spécial des charges.

postes 200/201 : bordure béton surbaissée pour passage piéton, éléments droit, éléments d'extrémité: 2 heures de travail pour la pose des éléments linéaires spécifiques aux passages pour piétons {20 met 20 pièces d'extrémités). Rendement impossible.

poste 226: fût préfabriqué de chambre d'appareil de hauteur> lm: 37 fûts à placer à 37 endroits différents. L'entreprise a prévu 10 euros/fût pour le placement. En sachant qu'il faut 1 pelle+ 1 homme minimum {70 € + 35 €/heure), cela représente un rendement de 5 minutes/fût. Rendement impossible.

poste 229/230 : aucune description du mobilier n'est fournie dans les justifications.

poste 239: travaux préliminaires, localisation et balisage installation souterraine en vue d'une réutilisation sur chantier: 15 m^3: aucune précision sur le fait que ce poste concerne des travaux en recherche.

poste 248: démolition d'ouvrage d'art en maçonnerie en vue d'une évacuation: 15 m^3: réalisation du poste en½ h sans main d'œuvre d'ouvrier!

poste 249/250: déblais généraux en vue d'une réutilisation sur chantier+ évacuation: 50 m + 50 m^3: idem poste 248. De plus, l'entreprise donne l'impression qu'elle n'est pas consciente des difficultés qu'elle rencontrera dues au fait de l'exiguïté des lieux, la présence de nombreux impétrants dont la canalisation de gaz de ville au droit du terrassement !

poste 253: maçonnerie armée 39 cm avec béton de remplissage pour petit ouvrage: 60 m^2: rendement prévu de+/- 4m^2/h avec 2 hommes. C'est un rendement très élevé face au nombre d'opérations à réaliser (échafaudage, pose des blocs, pose des armatures, bétonnage et compactage par couche)

poste 275: démolition sélective de massif en béton armé enterré en vue d'une évacuation: 15 m^3: l'entreprise ne tient pas compte que ce poste concerne les plots de fondation de plusieurs luminaires. Rendement de 15 m^3 en½ h : irréaliste.

poste 280: terrassement pour canalisation, déblai spécial en sol compact: 137,5 m^3 : le rendement escompté est de +/-7 m^3/h. Le poste 183 prévoit un rendement de 15 m^3/h pour la même opération

poste 293: terrassement pour canalisation, déblai spécial en sol compact: 15 m^3: rendement escompté de 7,5 m^3/h.

poste 308: terrassement pour canalisation, déblai spécial en sol compact: 65 m^3: rendement escompté de 6,5 m^3/h.

Par expérience, les rendements prévus pour les postes relatifs au terrassement de sol compact ne sont pas réalisables.

poste 313 : revêtement en dolomie 0/14, épaisseur 5 cm : 10 m^2 : aucun rapport avec la justification du poste 224 tant en ce qui concerne la fourniture du matériau, que du transport ainsi que de la pose.

Même si certaines anomalies concernent des postes de faibles importance dans la réalisation globale du chantier, il en ressort des rendements escomptés souvent très importants, voir trop importants ou même irréalistes. L'entreprise ne donne pas l'impression qu'elle a bien tenu compte des grandes difficultés de réalisation dues à tous les impétrants déjà présents, au nombre très importants de maisons/appartements/riverains dans la rue, de la présence d'une école secondaire, d'une gare du TEC, et de l'étendue du chantier rendant les déplacements des machines et des hommes longs et compliqués.

L'entreprise ne justifie aucunement les moyens mis en œuvre afin de respecter les conditions de travail imposées dans le C.Sp.Ch. (Sur la demande de la Commune, il est stipulé dans les clauses administratives que le chantier se déroulera sur une plage horaire plus large que la plage habituelle. Le chantier débutera à 7h pour se

terminer à 22h. Le délai n'est pas défini en jours de travail. Il sera de 3 mois calendrier minimum garanti à partir de la date de notification et l'entreprise adjudicataire devra terminer son chantier pour le 6 juillet 2018 au plus tard). D'ailleurs, la justification du poste 198 prévoit clairement une organisation de 8 heures/jour de travail contrairement à ce qui est demandé, et dans ce cas, il n'est nullement fait part de l'application du montant de l'amende administrative (270,- euros/jours de non-respect) prévue dans l'article 76 des clauses administratives de ce dossier.

Le fait d'être géographiquement proche du chantier ainsi que d'avoir son propre centre de tri, ou encore d'utiliser un camion avec remorque benne, ne sont pas des moyens suffisants pour respecter les conditions spécifiques exigées. De plus, compter sur l'engagement de sous-traitants «le moment voulu», sans y être préparé, ne peut être considéré comme une justification acceptable. En effet, on ne peut prévoir la disponibilité immédiate des entreprises «secondaires» au bon vouloir de l'entreprise générale. Ceci montre que le chantier n'a pas été planifié.

Pour finir, l'entreprise compte actuellement 18 personnes dans son personnel, ce qui en fonction des autres chantiers publics (déjà 4 chantiers dont nous sommes auteur de projet et qui représentent 175 jours ouvrables cumulés), pas nécessairement à proximité de la route de Neufchâteau et même de Bastogne, dont elle est adjudicataire et qui seront réalisés à la même période, est trop faible. L'horaire demandé imposera une réalisation du chantier en 2 pauses minimum, ce qui entraîne la présence de 2 chefs d'équipe, du personnel en suffisance, ... Toutes ces données ne sont pas clairement définies par l'entreprise dans sa justification.

En conclusion, il est clairement permis de douter sur une réalisation de ce chantier dans le respect des conditions de travail et du délai exigés, et même de considérer que lui attribuer le chantier lui portera un préjudice important pour la pérennité de l'entreprise.

De plus, l'entreprise, bien qu'ayant déposé une demande d'agréation dans la classe 5 exigée, n'est toujours pas en ordre à la date de cette conclusion.

Et pour finir, la justification fournie par l'entreprise est signée par une employée qui n'a pas délégation de signature.

Aux vues [sic] **de tous ces éléments décrits ci-dessus, je déconseille donc l'attribution de ce chantier à l'entreprise Englebert**".

Le rapport recommande l'attribution du marché à l'entreprise ayant remis l'offre régulière la plus basse, soit LAMBERT FRÈRES SA, après la vérification des prix.

Le 29 décembre 2017, la partie adverse écrit à la requérante dans les termes suivants :

" **N/Réf.** : ST/2017-015 (Avis de non-attribution)
Objet : Rénovation de la rue de Neufchâteau - voirie, trottoirs, égouttage
Avis de non-attribution

Cher Monsieur ENGLEBERT,
Conformément à l'article 29, §1 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de

concessions, nous vous informons que le marché précité a été attribué par le Collège communal le 29 décembre 2017 à un autre soumissionnaire.

Veuillez trouver ci-dessous les motifs de l'éviction de votre offre :
- En ordre.
- Cfr rapport d'analyse des offres.

Le pouvoir adjudicateur observera un délai d'attente de 15 jours calendrier entre cette communication et la conclusion du marché, conformément à l'article 11 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. Ce délai prend cours le lendemain du jour de l'envoi de cette communication.

Conformément aux articles 15, 23 et 24 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, vous disposez d'un délai de 15 jours à partir du jour suivant la date de la présente communication, afin d'introduire éventuellement une demande de suspension auprès d'une juridiction. Ce recours peut exclusivement être introduit devant le Conseil d'Etat, par une procédure d'extrême urgence.

En l'absence d'une information écrite à notre administration en ce sens, parvenue dans le délai accordé, la procédure sera poursuivie.

En cas de recours introduit, veuillez nous en informer par e-mail ou fax. Conformément aux articles 14, 23 et 24 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, nous vous informons que vous pouvez également introduire un recours en annulation contre cette décision auprès du Conseil d'Etat. Ce recours doit être introduit sous peine d'irrecevabilité dans les 60 jours à partir du jour suivant la date de la présente communication. Le recours est introduit par une demande datée qui doit être signée par vous ou par un avocat. La demande doit être envoyée soit par lettre recommandée adressée au greffe du Conseil d'État, rue de la Science, 33 à 1040 Bruxelles, soit par procédure électronique via le site http://conseildetat.be/?page=e-procedure&lang=fr.

En cas de recours introduit, veuillez nous en informer par e-mail ou fax ou tout autre moyen électronique.

Nous vous remercions pour votre marque d'intérêt et espérons pouvoir à nouveau faire appel à votre participation à une prochaine occasion.

Veuillez croire, cher Monsieur ENGLEBERT, à l'assurance de notre considération distingué".

La délibération du collège communal, datée du 29 décembre 2017, est annexée à ce courrier. Elle est rédigée comme suit :

" Le Collège communal,

Vu le Code de la démocratie locale et de la décentralisation et ses modifications ultérieures, notamment les articles L1222-3 et L1222-4 relatifs aux compétences du Collège communal, et les articles L311 l-1 et suivants relatifs à la tutelle;

Vu la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration;

Vu la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment l'article 36, et notamment l'article 2, 36° permettant une réalisation conjointe du marché pour le compte de plusieurs adjudicateurs;

Vu la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, et ses modifications ultérieures;

Vu l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et ses modifications ultérieures;

Vu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et ses modifications ultérieures;

Vu la décision du Collège communal du 8 août 2015 relative à l'attribution du marché de conception pour le marché "Rénovation de la rue de Neufchâteau - trottoirs "au SERVICES TECHNIQUES DE LA PROVINCE DE LUXEMBOURG, Square Albert 1er, 1 à 6700 ARLON;

Considérant la désignation de l'auteur de projet, les Services techniques de la province de Luxembourg, tant par la commune de Bastogne que par le Service public de Wallonie pour étudier la rénovation de la rue de Neufchâteau, la voirie, étant du ressort du Service public de Wallonie - Routes et Bâtiments ; les trottoirs et aménagements paysagers étant du ressort de la commune de Bastogne (projet inscrit au PIC 17-18) et établir les documents du marché de travaux, plans, cahier spécial des charges, analyse des offres et rapports aux associés;

Considérant que la commune de Bastogne a délégué la maîtrise d'ouvrage à l'AIVE/SPGE, le 28/12/2016 des travaux d'égouttage de la rue de Neufchâteau. Ces travaux étant pris en charge par la SPGE, dans le cadre du Plan d'Investissement 2013-2016;

Considérant dès lors, que ce chapitre « égouttage » a été étudié, dès 2016 par le bureau Rausch, ces travaux font partie du projet global de rénovation dans le cahier spécial des charges, mais ne font pas partie de la mission d'auteur de projet, des services techniques de la province de Luxembourg;

Considérant le cahier des charges relatif à ce marché de rénovation de la rue de Neufchâteau incluant la réfection de la voirie, des trottoirs et des travaux d'égouttage se déroulant dans la rue de Neufchâteau est établi par l'auteur de projet, SERVICES TECHNIQUES DE LA PROVINCE DE LUXEMBOURG, Square Albert 1er, 1 à 6700 ARLON;

Considérant qu'il s'agit d'un marché conjoint pour lequel il est recommandé que Commune de Bastogne exécutera la procédure et interviendra au nom des associés, LE SERVICE PUBLIC DE WALLONIE, DGO1 - ROUTES ET BÂTIMENTS, Direction des routes du Luxembourg, et AIVE/SPGE à l'attribution du marché;

Considérant que la convention de marché conjoint a été établie par la Commune de Bastogne et après l'avoir soumise aux différents associés, a été approuvée par le Conseil communal du 31/08/2017;

Considérant que les achats collectifs peuvent permettre une économie considérable et une simplification administrative;

Considérant que le crédit permettant cette dépense est inscrit au budget extraordinaire de l'exercice 2017, article 42133/735-60 (n° de projet 20170020) et sera financé emprunt/subsides (PIC 2017-2018 - 50% pour les trottoirs et PIC 13-

16 pour l'égouttage par parts participatives pendant 25 ans);

Considérant que chaque associé au marché honore le coût de sa partie de travaux ;

Considérant que le montant total estimé de ce marché s'élève à 1.566.273,45 € hors TVA ou 1.895.190,87 €, 21 % TVA comprise;

Vu la décision du conseil communal du 31 août 2017 approuvant les conditions, le montant estimé et la procédure de passation (procédure ouverte) de ce marché;

Vu l'avis de marché 2017-532451 paru le 24 octobre 2017 au niveau national;

Considérant que les offres devaient parvenir à l'administration au plus tard le 6 décembre 2017 à 14h00;

Considérant que le délai de validité des offres est de 180 jours de calendrier et se termine le 4 juin 2018;

Considérant que 3 offres sont parvenues :
- Englebert Serge sprl, Luzery 238 à 6600 Bastogne (1.577.854,00 € hors TVA ou 1.909.203,34 €, 21 % TVA comprise);
- Lambert/Deumer/Mathieuass.moment., rue de la Chapelle, à Bertogne (1.744.722,27 € hors TVA ou 2.111.113,95 €, 21 % TVA comprise);
- COLAS BELGIUM, Grand Route, 71 à 4367 CRISNEE (2.086.311,09 € hors TVA ou 2.524.436,42 €, 21 % TVA comprise);

	Estimation	1. S. Englebert	2. Colas	3. A.M.Lambert Deumer Mathieu
SPGE	112.729,76 €	118.787,51 €	219.634,10 €	132.591,52 €
SPW	750.922,60 €	774.538,00 €	894.472,20 €	783.160,82 €
Part communale	702.621,10 €	684.528,50 €	972.204,80 €	828.969,93 €
Total HTVA	1.566.273,46 €	1.577.854,01 €	2.086.311,10 €	1.744.722,27 €
TVA	328.917,43 €	331.349,34 €	438.125,33 €	366.391,68 €
Total TVAC	1.895.190,89 €	1.909.203,35 €	2.524.436,43 €	2.111.113,95 €

Considérant que l'auteur de projet propose, à l'issue de l'analyse des offres et après justification des prix anormaux par les soumissionnaires et tenant compte des éléments de son rapport, d'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse, soit Lambert/Deumer/Mathieu ass.moment., rue de la Chapelle, à Bertogne, pour le montant d'offre contrôlé de 1.744.722,27 € hors TVA ou 2.111.113,95 €, 21 % TVA comprise;

Considérant qu'il s'agit d'un marché conjoint pour lequel Commune de Bastogne intervient au nom de LE SERVICE PUBLIC DE WALLONIE, DGO1 - ROUTES ET BÂTIMENTS, Direction des routes du Luxembourg, et AIVE/SPGE à l'attribution du marché;

Considérant que l'offre de ce soumissionnaire est régulière, que cependant le montant d'attribution hors TVA (1.744.722,27 €) dépasse de 11,39 % le montant estimé approuvé (1.566.273,45 €);

Considérant que le Collège communal doit réajuster le montant estimé de 1.744.722,27 € hors TVA ou 2.111.113,95 €, 21% TVA comprise pour l'ensemble du marché conjoint;

Considérant que le Collège communal doit réajuster le montant d'attribution de la part communale 828.969,93€ HTVA ou 1.003.053,62€ TVAC dépassant de 17,98%, l'estimation de 702.621,10€ HTVA; soit 850.171,53€ TVAC

Considérant que le crédit communal permettant la dépense de la part communale est inscrit au budget extraordinaire de l'exercice 2017, article 42133/735-60 (n° de projet 20170020);

Considérant qu'une demande afin d'obtenir l'avis de légalité obligatoire a été soumise 27/12/2017 sur le montant communal de 828.969,93 € HTVA, soit 1.003.053,62 € TVAC, le Directeur financier remet l'avis de légalité positif n° 134;

DECIDE :

Art. 1er : De sélectionner les soumissionnaires Lambert/Deumer/Mathieu ass.moment. et COLAS BELGIUM, Englebert Serge sprl, (ayant remis un dossier complet au SPF Economie en vue de l'obtention de la classe d'agréation voulue) qui répondent aux critères de sélection qualitative.

Art. 2 : De considérer l'offre de Englebert Serge sprl comme irrégulière par le cumul d'irrégularités non substantielles, dont le cumul et/ou la combinaison sont de nature à avoir un effet substantiel, rendant inexistant, incomplet et incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Art. 3 : De considérer les offres de Lambert/Deumer/Mathieu ass.moment. et COLAS BELGIUM comme complètes et régulières.

Art. 4 : D'approuver la proposition d'attribution, rédigé par l'auteur de projet, SERVICES TECHNIQUES DE LA PROVINCE DE LUXEMBOURG, Square Albert Ier, 1 à 6700 ARLON.

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

Art. 6 : D'attribuer l'ensemble du marché conjoint « Rénovation de la rue de Neufchâteau - voirie, trottoirs, égouttage » au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse, soit Lambert/Deumer/Mathieu ass.moment., rue de la Chapelle, à Bertogne, pour le montant d'offre contrôlé de 1.744.722,27€ hors TVA ou 2.111.113,95€, 21% TVA comprise.

Art. 7 : L'exécution du marché doit répondre aux conditions fixées par le cahier des charges N° 2017-015.

Art. 8 : De transmettre la présente délibération à la tutelle. Cette délibération sera exécutoire le jour de sa transmission à l'autorité de tutelle.

Art. 9 : D'approuver le paiement de la part communale s'établissant au montant de 1.003.053,62€ TV AC par le crédit inscrit au budget extraordinaire de l'exercice 2017, article 42133/735-60 (n° de projet 20170020).

Art. 10 : De transmettre cette décision aux associés au marché conjoint, le SPW - DGO 1 - routes et Bâtiments de la province de Luxembourg et à l'AIVE/SPGE".

IV. Thèse de la requérante

IV.1. Premier moyen

La requérante prend un premier moyen de :

- la violation de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à

certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

- la violation de l'article 3 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux ;
- la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs ;
- la violation des articles 4 et 5 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 ;
- la violation de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ;
- la violation du principe d'égalité des soumissionnaires, de transparence et du principe de motivation interne des actes administratifs ;
- l'erreur manifeste d'appréciation ; et de
- la violation du principe de bonne administration et de minutie.

Elle fait valoir que la décision attaquée est motivée par référence et renvoi au rapport d'examen des offres, qui écarte son offre au double motif que :

- " l'entreprise bien qu'ayant déposé une demande d'agréation dans la classe 5 exigée, n'est toujours pas en ordre à la date de cette conclusion " et,

- "l'entreprise compte actuellement 18 personnes dans son personnel, ce qui en fonction d'autres chantiers publics (déjà 4 chantiers dont nous sommes auteur de projet et qui représentent 175 jours ouvrables cumulés), pas nécessairement à proximité de la route de Neufchâteau et même de Bastogne, dont elle est adjudicataire et qui seront réalisés à la même période, est trop faible. L'horaire demandé imposera une réalisation du chantier en 2 pauses minimum, ce qui entraîne la présence de 2 chefs d'équipe, du personnel en suffisance, … toutes ces données ne sont pas clairement définies par l'entreprise dans sa justification. En conclusion, il est clairement permis de douter sur une réalisation de ce chantier dans le respect des conditions de travail et du délai exigés, et même de considérer que lui attribuer le chantier lui portera un préjudice important pour la pérennité de l'entreprise".

En une première branche, elle expose que dès avant la date du rapport et, *a fortiori*, la date d'attribution du marché, elle disposait bien du certificat d'agréation requis, soit le certificat C, classe 5, qu'elle a obtenu le 22 décembre 2017. Elle souligne que le certificat d'agréation ne doit pas être fourni lors du dépôt de l'offre et invoque en ce sens une citation doctrinale ainsi qu'un arrêt de la Cour de cassation du 15 avril 2011. Elle ajoute qu'en tous cas, il ne s'agit pas là d'une formalité substantielle. Elle cite l'article 3, § 1er, 1°, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, disposant que les marchés d'entreprise de travaux ne peuvent être attribués qu'à des entrepreneurs qui sont agréés pour ceux-ci au moment de l'attribution. Elle considère que la question de l'agréation doit donc être étudiée le jour de l'attribution du marché et qu'il importe peu de savoir si la preuve de

l'agréation a effectivement été communiquée au préalable.

Elle constate que l'acte attaqué est erroné en ce qu'il indique qu'elle ne dispose pas de l'agréation requise. Elle ajoute que l'on ne pourrait pas davantage admettre une motivation selon laquelle l'offre serait irrégulière parce que le certificat d'agréation n'a pas été communiqué à temps à la partie adverse, dans la mesure où il appartient à cette dernière de procéder aux vérifications adéquates, lesquelles peuvent être faites sans effort " en ligne", les données d'agréation étant librement accessibles en temps réel sur le site qu'elle indique. Selon elle, ce type de vérification relève des efforts d'analyse élémentaires qui incombent au pouvoir adjudicateur pour agir en conformité avec les principes de bonne administration et le devoir de minutie.

En une seconde branche, la requérante critique l'analyse de ses capacités de travail qui figure dans le rapport d'examen des offres, selon laquelle elle ne dispose pas de suffisamment de personnel pour faire face aux marchés de travaux publics qui lui ont déjà été confiés, ainsi qu'au marché en cause. Elle y voit une erreur de fait et une erreur de droit. Selon elle, la réglementation en vigueur requiert que la capacité d'une entreprise à réaliser plusieurs marchés publics soit appréciée au regard de la valeur de ces différents marchés et au regard des classes et catégories de travaux pour lesquels l'entreprise est agréée, mais non au regard du nombre de personnes employées. Elle relève que son agréation l'autorise à réaliser une pluralité d'œuvres de travaux routiers à concurrence de 14.500.000 € maximum, et des travaux d'égouts pour un montant équivalent. Elle indique avoir toujours la possibilité de recruter du personnel supplémentaire si le marché lui est attribué, comme elle l'a fait valoir dans les justifications qu'elle a produites.

IV.2. Second moyen

La requérante prend un second moyen qu'elle intitule "absence d'effet cumulatif substantiel" et invoque à ce titre :

"- la violation de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ;
- la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs ;
- la violation des articles 4 et 5 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 ;
- la violation de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
- de la violation du principe d'égalité des soumissionnaires, de transparence et du

principe de motivation interne des actes administratifs ;
- et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elle rappelle que son offre a été considérée comme irrégulière en raison du cumul "d'irrégularités non substantielles, dont le cumul et/ou la combinaison sont de nature à avoir un effet substantiel, rendant inexistant, incomplet et incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues".

En une première branche, elle soutient que, de par leur nature, les irrégularités non-substantielles alléguées ne présentent pas un caractère cumulatif susceptible de leur conférer un effet substantiel admissible. Elle affirme que l'effet cumulatif d'irrégularités non-substantielles a été reconnu par la jurisprudence du Conseil d'État à propos d'irrégularités techniques, mais que cette jurisprudence ne peut pas être transposée à l'égard des irrégularités non substantielles en prix.

Selon elle, une offre de travaux dont certains aspects techniques sont irréguliers peut faire craindre que la prestation qui suit l'engagement soit "incomplète", "incertaine", voire même partiellement "inexistante", mais il n'en va pas de même en ce qui concerne une offre de prix pour la réalisation d'un travail entièrement défini. En effet, dans le cadre d'une procédure d'adjudication, il n'apparaît pas que l'effet cumulatif substantiel attaché à l'irrégularité de postes en prix puisse juridiquement délier la partie requérante de son engagement ou lui permettre d'y échapper en sorte que son engagement devienne "inexistant, incomplet ou incertain".

En une deuxième branche du moyen, elle plaide que, de par leur ampleur, les irrégularités non-substantielles alléguées ne présentent pas un caractère cumulatif susceptible de leur conférer un effet substantiel. Elle observe que les postes visés par les critiques du rapport intégré à l'acte attaqué représentent des valeurs très basses, qu'elles ne concernent que 21 postes sur les 318 qui composent l'offre, soit 6,6 % d'entre eux, et que leur montant cumulé atteint seulement 68.955 € pour une offre de 1.577.854,01 €, soit 4,3 % du prix de celle-ci. Elle ajoute que, à supposer même que les critiques soient fondées, elles ne concernent pas la totalité de la valeur du poste concerné, mais seulement une fraction de celui-ci. Elle considère que le rapport d'examen des offres fait l'aveu du faible impact des irrégularités non-substantielles qu'il relève, en indiquant que "certaines anomalies concernent des postes de faible importance dans la réalisation du chantier". Elle estime que quand les irrégularités non-substantielles n'affectent que très marginalement l'offre, il est manifestement déraisonnable de considérer qu'elles présentent un effet cumulatif substantiel.

Dans une troisième branche, elle conteste les motifs pour lesquels la partie adverse a retenu l'irrégularité de certains postes de prix et rejeté ses justifications.

Dans une quatrième branche, elle dénonce le traitement discriminatoire de son offre par rapport à celle du soumissionnaire retenu.

V Argumentation de la partie adverse

La partie adverse répond aux deux moyens dans les termes suivants :

" 1. L'offre de la requérante renseigne l'agréation suivante :

«C, C1classe 3; G C2, C5 classe 1».

Un certificat d'agréation du 25 avril 2013 est joint précisant les classes et catégories ou sous-catégories suivantes :

«Classe 1, catégorie G, sous-catégories C2-C5
Classe 3, catégorie C, sous-catégorie C1».

La requérante déposait également une correspondance qui lui était adressée par le SPF Economie le 17 novembre 2017 et qui mentionnait :

«Il est certifié que la SPRL ENGLEBERT SERGE a remis un dossier complet en vue de l'obtention de certaines agréations pour l'exécution de travaux publics.

Ce dossier sera soumis pour avis à la commission d'agréation des entrepreneurs.

Il est à noter que la délivrance de l'attestation de dossier complet ne signifie nullement que l'intéressé obtiendra l'agréation demandée.

Cette attestation est valable jusqu'à la date de la décision ministérielle relative à la demande d'agréation introduite».

2. Si le rapport d'examen des offres énonce bien qu'«à ce jour le soumissionnaire ne répond pas aux capacités : économique, financière, technique et professionnelle néanmoins il a remis un dossier complet en vue de l'obtention de certaines agréations au SPF Economie», la décision du Collège communal, quant à elle, décide de considérer «l'offre de ENGLEBERT SERGE SPRL comme irrégulière par le cumul d'irrégularités non-substantielles, dont le cumul et/ou la combinaison sont de nature à avoir un effet substantiel, rendant inexistant, incomplet et incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter Je marché dans les conditions prévues».

3. Parmi les différentes considérations développées par le rapport d'examen des offres, il est rappelé que plusieurs prix unitaires anormaux ont été constatés, la manière avec laquelle le caractère anormal avait été calculé étant renseignée.

Si le rapport considère que les trois offres sont considérées comme régulières, il relève néanmoins qu'après analyse des justifications des prix anormaux de l'entreprise ENGLEBERT, des anomalies subsistent pour certains postes, ces anomalies étant expliquées.

Le pouvoir adjudicateur doit bien procéder à la vérification du caractère normal des prix.

Lorsqu'il est conclu à l'irrégularité d'une offre pour prix anormal, cela a pour effet que l'offre irrégulière sur ce point ne doit pas être comparée avec les offres régulières des autres sociétés.

4. Les motifs pour lesquels certains prix offerts pour certains postes sont, après examen, considérés comme anormaux au regard des justifications données ne sont pas tous contestés et cette seule circonstance suffit à justifier l'écartement de l'offre de la partie requérante de sorte qu'il n'y a pas lieu d'examiner ces critiques relatives à l'agréation ou au «cumul» d'irrégularités ou encore au personnel qui serait affecté au chantier.

Des explications, qui n'ont pas été données par la requérante dans sa réponse du 20 décembre 2017, sur le caractère normal des prix pour certains postes (172, 198, 229) sont énoncées en renvoyant à de vagues énoncés figurant en fin de la réponse du 20 décembre et n'indiquant même pas à quel poste elles se rapportaient. L'appréciation portée sur ces prix par la partie adverse n'est pas déraisonnable.

S'agissant des postes 229 et 230, il est incontestable que les justifications ne décrivent en rien le mobilier.

Quant au poste 253, la motivation selon laquelle le rendement prétendu est «très élevé» s'appuie à l'évidence sur les autres offres et suffit à rejeter les explications données.

Il n'est pas sérieux de déposer, s'agissant des meubles, un devis qui n'était pas joint aux explications de sorte que la partie adverse ne pouvait le prendre en compte.

Pour ce qui concerne l'offre de l'association momentanée LAMBERT/DEUMER/MATHIEU, la seule critique faite par la partie requérante est que «la valeur des postes des prix douteux ou anormaux dans l'offre de l'association momentanée est donc cumulativement supérieure à la valeur des postes de prix anormaux de la partie requérante» sans que soit contestée l'affirmation selon laquelle «après analyse des justifications des prix anormaux de l'association momentanée LAMBERT/DEUMER/MATHIEU, il en ressort que celles-ci sont acceptables».

De tout quoi il se déduit que les moyens sont dépourvus de sérieux.

Dès lors que le marché ne pouvait être attribué à la partie requérante en raison de prix anormaux offerts et non justifiés, il n'y a pas lieu d'examiner les moyens, l'offre étant irrégulière".

VI. Appréciation du Conseil d'État

L'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est applicable au marché litigieux. Ses articles 35, 36 et 76 disposent notamment comme suit :

" Art. 35. Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires".

" Art. 36. § 1er. Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 35, le pouvoir adjudicateur procède à un examen de ces derniers. […]

§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine 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 choisies 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° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.
Lors de l'examen des prix ou des coûts visé à l'alinéa 1er, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1er, de la loi, applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale.
Le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables.
Si nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit. Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit.

§ 3. Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et :
1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
2° soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
3° soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.
Le pouvoir adjudicateur écarte également l'offre s'il établit que son montant total est anormalement bas parce qu'elle contrevient aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail, visées à l'article 7, alinéa 1er, de la loi et ce, en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée.[…]
Dans le cadre de l'évaluation, le pouvoir adjudicateur peut également tenir compte d'informations qui ne proviennent pas du soumissionnaire. Ces données sont soumises au soumissionnaire afin de lui permettre d'y réagir.
[…]".

"Art. 76. § 1er. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1er, 44, 48, § 2,

alinéa 1er, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3".

Il résulte du § 3 de l'article 36 précité qu'après avoir examiné les justifications présentées par le soumissionnaire quant aux prix considérés comme anormaux, le pouvoir adjudicateur doit se prononcer en adoptant l'une des trois décisions qui y sont indiquées. Contrairement à ce que soutient la requérante dans la première branche du second moyen, les anomalies affectant certains postes de prix peuvent conduire à une irrégularité substantielle de l'offre. La première branche du second moyen n'est pas sérieuse.

En l'espèce, la partie adverse a conclu à l'irrégularité de l'offre de la requérante par un cumul d'irrégularités non-substantielles, en reprenant les termes de l'article 76, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté précité. S'agissant des prix anormaux, elle a manifestement considéré que "le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal", conformément au 1° du § 3 de l'article 36.

La décision attaquée ne montre pas que le pouvoir adjudicateur a vérifié si les postes pour lesquels les prix s'avéraient anormaux dépassaient ou non le seuil permettant de les qualifier de "non négligeables". Au contraire, elle paraît soutenir dans sa note d'observations que toute anomalie affectant un poste de prix unitaire suffit à entacher l'offre d'irrégularité. La motivation de l'acte attaqué est insuffisante à cet égard.

En outre, les termes du rapport d'examen des offres, auquel la décision attaquée se réfère en son article 5, laissent entendre que les motifs qui ont amené le pouvoir adjudicateur à conclure à l'irrégularité substantielle de l'offre de la requérante ne se limitent pas au caractère anormal de certains postes du prix, mais intègrent des considérations propres à la sélection qualitative.

La requérante établit qu'à la date d'attribution du marché, elle disposait de

l'agréation requise. Elle devait donc être sélectionnée et sa capacité à réaliser le marché était établie. Or, après avoir conclu qu'il y avait lieu de sélectionner la requérante, ce qui a bien été le cas, l'auteur du rapport paraît revenir sur cette problématique au titre de l'examen des offres en mentionnant que la requérante ne dispose toujours pas de l'agréation requise et en indiquant qu'on peut douter qu'elle puisse assurer la bonne réalisation du chantier dans le respect des conditions exigées, voire considérer que lui attribuer le chantier pourrait lui porter un préjudice important pour la pérennité de l'entreprise. Ces éléments l'amènent à déconseiller de retenir son offre.

De tels motifs, qui ne pouvaient pas être pris en considération au stade de l'examen d'une offre en adjudication, semblent *prima facie*, à défaut de motivation spécifique sur ce point, avoir concouru à amener la partie adverse à estimer que les postes de prix jugés anormaux n'étaient pas négligeables ou plus généralement que son offre était "irrégulière par le cumul d'irrégularités non substantielles, dont le cumul et/ou la combinaison sont de nature à avoir un effet substantiel, rendant inexistant, incomplet et incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues".

Le premier moyen ainsi que la deuxième branche du second moyen sont, dans cette mesure, sérieux. Il y a lieu de suspendre l'acte attaqué, sans qu'il soit nécessaire d'examiner les troisième et quatrième branches du second moyen.

VII. Confidentialité

La partie requérante dépose à titre confidentiel son offre, contenue à l’annexe 2 de sa requête.

La partie adverse dépose à titre confidentiel les offres de la requérante et des sociétés attributaires, ainsi que les échanges de courriers relatifs aux justifications de prix. Ces pièces composent les pièces 1 à 5 du dossier administratif qualifié de "confidentiel".

Dès lors que ces pièces ne sont pas nécessaires à la solution du présent recours, il y a lieu – à ce stade de la procédure – de les tenir pour confidentielles.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La suspension de l'exécution de la décision prise le 29 décembre 2017 par le collège communal, attribuant le "marché de rénovation de la rue de Neufchâteau" à l'association momentanée "LAMBERT FRÈRES SA/DEUMER SA/MATHIEU SA", est ordonnée.

Article 2.

La pièce contenue à l'annexe 2 de la demande de suspension, ainsi que les pièces 1 à 5 du dossier administratif qualifié de "confidentiel" sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le sept février deux mille dix-huit par :

Mmes,	Diane DÉOM,	conseiller d'État, président f.f.,
	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Katty LAUVAU. Diane DÉOM.