

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

A R R Ê T

n^o 243.212 du 12 décembre 2018

A. 226.796/VI-21.369

En cause : **la société anonyme ENTREPRISE MARCEL BAGUETTE,**

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

contre :

- 1. la commune de Flémalle,**
- 2. la société coopérative à responsabilité limitée Association intercommunale pour le démergement et l'épuration des communes de la Province de Liège,**
- 3. la Compagnie Intercommunale Liégeoise des Eaux,**
en abrégé CILE,
- 4. la société anonyme RESA,**

ayant élu domicile chez
M^e Jean-Marc RIGAUX, avocat,
boulevard d'Avroy 270
4000 Liège,

Partie intervenante :

la société anonyme COLAS BELGIUM
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean-François JAMINET et
Delphine BOREUX, avocats,
rue Doumier, 159
4430 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 28 novembre 2018, la société anonyme ENTREPRISE MARCEL BAGUETTE demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 9 novembre 2018 de la Commune de FLEMALLE, adoptée par son Collège communal, par laquelle celle-ci déclare régulière l'offre de la SA COLAS BELGIUM et lui attribue le marché public de travaux pour la revitalisation de Flémalle-Centre (partie 1 – aménagement des voiries)".

II. Procédure

Par une ordonnance du 29 novembre 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 10 décembre 2018 à 10 heures.

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

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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.

Par une requête introduite le 7 décembre 2018, la société anonyme COLAS BELGIUM, demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Bernard DE COCQUEAU et François PAULUS, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e Jean-Marc RIGAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Delphine BOREUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian AMELYNCK, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, 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 utiles

Le 25 juin 2018 est paru au Bulletin des adjudications un avis relatif à un marché de travaux pour la revitalisation de Flémalle-Centre (partie 1 – aménagement des voiries). La procédure choisie est la procédure ouverte. Le critère d'attribution est celui du prix.

Le cahier spécial des charges précise qu'il s'agit d'un marché conjoint régi par la commune de Flémalle, la compagnie intercommunale liégeoise des eaux SCRL (en abrégé C.I.L.E.), la société anonyme Resa et l'association intercommunale pour le

déménagement et l'épuration des communes de la province de Liège (en abrégé A.I.D.E.) et que la commune de Flémalle est le pouvoir adjudicateur chargé de la gestion d'ensemble.

Cinq offres ont été déposées. Elles émanent de la société anonyme COLAS BELGIUM, de la requérante, de la société anonyme AB TECH, de la société momentanée GEHLEN-TEGEC et de la société anonyme COP&PORTIER.

L'offre de la société anonyme COLAS BELGIUM est la moins-disante; l'offre de la requérante se classe deuxième au regard du prix.

Le rapport d'examen des offres conclut à la non sélection de la société anonyme COP&PORTIER et à l'irrégularité de l'offre de la société anonyme AB TECH. Il analyse ensuite le prix de la société anonyme COLAS BELGIUM de la manière suivante :

- " 4.4.4.3 Examen détaillé de l'offre la moins disante
L'entreprise COLAS SA a déposé l'offre la moins-disante.
Le montant de cette offre est de 4.047.216,87 hors T.V.A.

Par rapport à la moyenne des offres déposées.

Le calcul de la moyenne des offres déposées, conformément au prescrit de l'article 36 § 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, s'établit de la manière suivante :

Nombre d'offres déposées par des soumissionnaires sélectionnés : 4
Offre, régulières ou pas, à retenir pour le calcul de la moyenne : offres n° 2 à 3
Moyenne hors T.V.A. obtenue : 4.440.628,34€

	AC Flémalle HTVA	S.P.G.E. HTVA	C.I.L.E. HTVA	RESA HTVA	TOTAL HTVA
COLAS SA	1.969.149,90€	815.809,37€	561.961,00	700.296,60€	4.047.216,87€
MOYENNE	2.225.051,09€	1.111.1700,46€	546.843,35€	557.563,45€	4.440.628,34€
ECART EN %	-11,50%	-26,58%	2,76%	25,60%	-8,86%

Le montant de l'offre de l'entreprise COLAS SA est inférieur à cette moyenne de 393.411,47 hors T V.A., soit -8,86 %, ce qui est normal.

Par rapport à l'estimation.

	AC Flémalle HTVA	S.P.G.E. HTVA	C.I.L.E. HTVA	RESA HTVA	TOTAL HTVA
COLAS SA	1.969.149,90€	815.809,37€	561.961,00	700.296,60€	4.047.216,87€
MOYENNE	2.318.781,40€	959.245,00€	566.560,00€	704.318,18€	4.548.904,58€
ECART EN %	-15,08%	-14,95%	-0,81%	-0,57%	-11,03%

Le montant de l'offre de l'entreprise COLAS SA est inférieur à cette moyenne de 501.687,71€ hors T.V.A., soit 11,03%, ce qui est important mais acceptable.

Analyse du prix global de l'offre

L'offre peut donc être considérée comme normale en égard aux articles 35 et 36 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Analyse des prix unitaires

L'examen détaillé des prix unitaires de l'offre de l'entreprise COLAS SA suscite des remarques particulières.

Une demande de justification des prix unitaires des postes n° 134, 136, 138, 143, 144, 146, 147, 148, 155, 159, 160, 161, 181, 205, 295, 296, 324, 325, 326, 327, 328, 330, 353, 354, 384, 394, 399, 420, 421 et 433 a été adressée à la SA COLAS par lettre recommandée datée du 06 septembre 2018.

Par son courrier daté du 14 septembre 2018, la SA COLAS a transmis la justification demandée dans les délais impartis.

Une demande de justification complémentaires des prix unitaires des postes n° 134, 136, 143, 144, 146, 147, 148, 155, 159, 160, 161, 181, 205, 295, 296, 324 à 328, 330, 353, 354, 399, 420, 421 et 433 a été adressée à la SA COLAS par lettre recommandée du 23 octobre 2018.

Par son courrier daté du 26 octobre 2018, la SA COLAS a transmis la justification complémentaire demandée dans les délais impartis.

Une demande d'informations complémentaires a été adressée à la SA COLAS par lettre recommandée du 07 novembre 2018.

Par son courrier daté du 8 novembre 2018, la SA COLAS a transmis le complément demandé dans les délais impartis.

L'examen des justificatifs demandés a permis de lever le caractère apparemment anormal de certains prix unitaires".

Le rapport d'examen des offres propose donc d'attribuer le marché à la société anonyme COLAS BELGIUM.

Au cours de sa séance du 9 novembre 2018, le collège communal de Flémalle a décidé :

- " 1. De sélectionner les soumissionnaires COLAS BELGIUM SA, ENTREPRISES MARCEL BAGUETTE SA, AB TECH SA et S.M. GEHLEN-TEGEC qui répondent aux critères de sélection qualitative;
2. De ne pas sélectionner le soumissionnaire COP & PORTIER SA qui ne répond pas aux critères de sélection qualitative;
3. De considérer les offres de COLAS BELGIUM SA, ENTREPRISES MARCEL BAGUETTE SA, AB TECH SA et S.M. GEHLEN-TEGEC comme complètes et régulières;
4. D'approuver le rapport d'examen des offres du 08 novembre 2018 rédigé par l'auteur de projet;
5. De considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération;
6. D'attribuer le marché public de travaux pour la revitalisation de Flémalle-Centre (partie 1 – aménagement des voiries) au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, soit la SA COLAS BELGIUM,

Grand'Route, 71 à 4367 Crisnée, pour le montant d'offre contrôlé de 4.047.216,87 euros hors TVA ou 4.460.738,35 euros, TVA comprise (dont 2.382.671,38 euros TVA comprise à charge de la Commune);

7. De réserver une somme complémentaire de 5% du montant des travaux à charge de la commune, soit 119.133,57 euros, pour la révision et la réalisation d'essais *a posteriori*;
8. De soumettre l'exécution du marché aux conditions fixées par le cahier des charges 2017/529;
9. De transmettre la présente délibération aux autorités de tutelle compétente;
10. De financer les dépenses en résultant au moyen du crédit inscrit à l'article 930/735-60 du budget extraordinaire de l'exercice 2018;
11. De confier au service communal des Travaux le contrôle de l'exécution du présent marché".

Il s'agit de l'acte attaqué qui a été notifié à la requérante par un courrier daté du 14 novembre 2018. La requérante indique, dans sa demande de suspension, qu'étaient joints à ce courrier la décision d'attribution ainsi que le rapport d'examen des offres. Au cours de l'audience du 10 décembre 2018, le conseil de la commune de Flémalle a confirmé que seules ces pièces avaient été notifiées à la requérante.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 7 décembre 2018, la société anonyme COLAS BELGIUM, demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Mise hors cause des deuxième, troisième et quatrième parties adverses

Le cahier spécial des charges décrit le pouvoir adjudicateur de la manière suivante :

"

Commune de Flémalle, représentée par le Service des Travaux

Marché conjoint :

La présente entreprise est régie par quatre autorités différentes

- La Commune de Flémalle
Grand' Route 287
4400 Flémalle
Tél: 04/234. 88. 34

- La Compagnie Intercommunale Liégeoise des Eaux SCRL (C. I.L.E)
Rue du Canal de l'Ourthe, 8
4031Angleur
Tel: 04/367 84 11
- Resa SA
Rue Louvrex, 95
4000 Liège
Tél : 04/220 12 17
- l'Association intercommunale pour le Démergement et l'Epuration des communes de la Province de Liège (A. I.D. E.)
Rue de la Digue, 25
4420 Saint-Nicolas
Tel : 04/234 96 96

L'A.I.D.E est le Maître d'ouvrage délégué pour les travaux repris en égouttage, le Maître d'ouvrage étant la Société Publique de Gestion de l'Eau (SPGE).
La commune de Flémalle est le Pouvoir adjudicateur chargé de la gestion d'ensemble de la présente entreprise".

Le présent marché est, dès lors, un marché conjoint dont la commune de Flémalle est le seul pouvoir adjudicateur. Il y a, en conséquence, lieu de mettre hors de cause la société coopérative à responsabilité limitée compagnie intercommunale liégeoise des eaux (en abrégé C.I.L.E.), la société anonyme Resa et l'association intercommunale pour le démergement et l'épuration des communes de la province de Liège (en abrégé A.I.D.E.).

VI. Sur la deuxième branche du premier moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Demande de suspension

La requérante invoque un premier moyen pris de la violation des articles 35, 36 §§ 1^{er}, 2 et 3, et 76, §§ 1^{er} et 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, du principe de bonne administration, du principe de l'égalité entre les soumissionnaires, et de ses corollaires, le principe de transparence et de l'erreur manifeste d'appréciation, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 4, 8°, et 5, 9°, 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 et de concessions.

Dans une seconde branche qu'elle qualifie de "subsidaire", la requérante invoque une motivation insuffisante du caractère acceptable des justifications de prix

transmises par la société anonyme COLAS BELGIUM. Elle constate que le "rapport d'examen des offres se contente d'indiquer, quant à l'analyse des prix unitaires de la SA COLAS, que «l'examen des justificatifs demandés a permis de lever le caractère apparemment anormal de certains prix unitaires»" et soutient qu'une "telle motivation ne permet nullement de comprendre en quoi les justifications transmises par la SA COLAS pouvaient être acceptées". Selon elle, il "est ainsi impossible de déterminer, au vu de cette motivation, pour quelles raisons la Commune de FLEMALLE a finalement tenu pour normaux des prix qui apparaissaient anormalement bas et si, par voie de corollaire, les justifications de prix ont fait l'objet d'un examen sérieux par la partie adverse". Elle en conclut que "la motivation adoptée par la Commune de FLEMALLE est largement insuffisante quant aux justifications de prix unitaires transmises par la SA COLAS".

B. Note d'observations

La partie adverse estime que la violation des articles 35 et 36, §1^{er} et §3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n'est pas justifiée en suffisance, car il n'est pas contestable qu'il y a bien eu vérification des prix et soutient qu'en réalité, la critique est uniquement fondée sur l'article 36, §2, dernier alinéa, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et une absence de motivation.

En ce qui concerne la deuxième branche, la partie adverse expose ce qui suit :

" Il y a lieu de rappeler tout d'abord que la motivation par référence est admise par le Conseil d'Etat;

Le rapport d'examen des offres est joint à la décision attaquée et est expressément référencé dans le corps de la décision ;

La motivation qui y figure fait donc partie du corps de la décision;

En outre, le rapport d'examen fait expressément référence aux justifications que la S.A. COLAS a donné dans ses courriers des 14/09/2018, 26/10/2018 et 8/11/2018 en sorte que ces réponses font également intégralement partie de la motivation de la décision;

Le rapport d'examen des offres rappelle d'ailleurs que : «L'examen des justificatifs demandés a permis de lever le caractère apparemment anormal de certains prix unitaires.»;

Les explications données par les soumissionnaires doivent donc faire intégralement partie du corps de la motivation intégrée dans la décision".

Elle rappelle "le caractère discrétionnaire de la compétence du pouvoir adjudicateur dans l'appréciation du caractère normal ou anormal d'un prix offert par

un soumissionnaire" et souligne que le Conseil d'État vérifie si la motivation est fausse ou déraisonnable. Se référant à la jurisprudence, elle observe que si le Conseil d'État a estimé que "le caractère anormal des prix peut se déduire d'une comparaison avec les prix moyens des autres soumissionnaires ou avec l'estimation de l'autorité adjudicatrice, *a fortiori* le caractère normal des prix peut se déduire des mêmes comparaisons", ce qu'elle a précisément fait dans le rapport d'analyse des offres. Elle indique que les "différences par rapport à la moyenne des offres, de 8,86% et de 11,03% ont été considérées comme acceptables, ce qui est d'autant plus logique que l'offre de la S.A. BAGUETTE était également inférieure à ces deux moyennes" et note que, sans "trahir la confidentialité des pièces de la S.A. COLAS, on remarque comme explication que certains fournisseurs de pièces ont consenti des ristournes sur certains de leurs matériaux, allant parfois jusqu'à 10%", explications "étayées par des pièces fournies par la S.A. COLAS". Elle estime qu'il ne peut être exigé du pouvoir adjudicateur de vérifier si ces ristournes sont elles-mêmes justifiées dans le chef du fournisseur. Elle souligne ainsi que le pouvoir adjudicateur peut ignorer les relations unissant le soumissionnaire à ses fournisseurs et qu'il est possible qu'un soumissionnaire obtienne d'excellents prix parce qu'il s'approvisionne régulièrement chez un fournisseur. Elle expose que dans "sa note du 26 octobre (réponse au courrier du 22 septembre reçu le 24 septembre 2018) la S.A. COLAS explicite pour chacun des postes le prix de vente et le bénéfice qui en résulte pour elle sur ce poste", que le "bénéfice est assez raisonnable puisqu'il varie entre 9% et 19% selon les postes" et que des "documents sont également fournis, soit des rapports d'essais ou des explications sur les solutions techniques des fournitures qui sont utilisées et qui rentrent dès lors dans le cadre des justifications admises par la jurisprudence". Elle note également que "dans les justifications du 8 novembre 2018 répondant aux dernières interrogations sur certains postes, des justifications techniques apparaissent dans les annexes à la réponse de la S.A. COLAS". Elle en conclut que dans "ces conditions, c'est à juste titre que le rapport d'analyse des offres pouvait conclure en page 8 que : «L'examen des justificatifs demandés a permis de lever le caractère apparemment anormal de certains prix unitaires» en citant les références des courriers avec les justificatifs". Elle fait valoir que pour "des raisons de confidentialité, il n'était pas nécessaire de développer les éléments techniques ou les prix donnés par les fournisseurs dans le cadre même de la motivation" et en conclut que "la motivation est justifiée en suffisance".

C. Requête en intervention

L'intervenante explique, en ce qui concerne la deuxième branche, que l'obligation de motivation formelle doit être conforme aux exigences de confidentialité qui s'imposent au pouvoir adjudicateur. Elle relève "l'argumentation contradictoire de la requérante qui, d'une part, reproche à la partie adverse de ne pas

avoir sérieusement examiné les justifications de prix, mais d'autre part, lui fait grief d'avoir interrogé la partie intervenante à de trop nombreuses reprises". Elle constate que "le rapport d'examen des offres, qui fait partie intégrante de la décision d'attribution, expose longuement l'ensemble des démarches effectuées à l'égard de la partie intervenante pour vérifier la normalité de certains postes" et souligne qu'il "en ressort que la partie adverse a manifestement procédé à un examen sérieux de l'offre de la partie intervenante et des justifications de prix adressées par celle-ci". Elle considère que la motivation de l'acte attaqué est certes succincte, mais qu'elle n'est ni vague ni contradictoire. Elle en conclut qu'en "mentionnant au point 4.4.4.2 qu'il n'y a pas de prix unitaires anormaux et en conclusion du point 4.4.4.3 que « l'examen des justificatifs demandés a permis de lever le caractère apparemment anormal de certains prix unitaires », la partie adverse a adéquatement motivé sa décision, dans le respect de la confidentialité des éléments mentionnés par la partie intervenante dans ses justifications".

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le rapport d'examen des offres qui est considéré comme faisant partie intégrante de la décision attaquée indique que la société anonyme COLAS BELGIUM a été invitée à justifier certains de ses prix unitaires, que ce soumissionnaire a transmis les justifications demandées et que "l'examen des justificatifs demandés a permis de lever le caractère apparemment anormal de certains prix unitaires".

Il résulte de la demande de suspension et des débats qu'étaient joints au courrier de notification daté du 14 novembre 2018 adressé à la requérante la décision d'attribution ainsi que le rapport d'examen des offres. Si la partie adverse indique, dans sa note d'observations que "ces réponses [de la société anonyme COLAS BELGIUM] font également intégralement partie de la motivation de la décision", elle confirme en termes de plaidoiries que ces justifications de prix n'étaient pas jointes à ce courrier de notification et qu'elle en sollicite la confidentialité.

On peut admettre que, se référant à des justifications de prix, un pouvoir adjudicateur adopte, en raison d'impératifs liés à la confidentialité, une motivation en termes brefs, en demeurant allusif sur certaines raisons l'ayant amené à reconnaître la pertinence des justifications du prix. Une telle motivation ne peut, toutefois, être excessivement laconique et doit permettre, d'une part, de vérifier que le pouvoir adjudicateur a analysé les justifications invoquées avec soin et, d'autre part, de comprendre les raisons pour lesquelles il a admis ces justifications.

En l'espèce, la décision attaquée ne contient aucun élément permettant de comprendre ces raisons. Si la partie adverse fait état de ristournes consenties par

certaines fournisseurs et de justifications techniques, ces éléments n'ont été évoqués que dans la note d'observations ainsi qu'à l'audience, ce qui ne suffit pas à remédier aux lacunes de la motivation de la décision attaquée elle-même. De même, la motivation de l'acte attaqué ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a admis la justification de la société anonyme COLAS BELGIUM pour les postes 324 à 328 et 330.

La deuxième branche du premier moyen est sérieuse. Il n'y a, dès lors, pas lieu, à ce stade, d'examiner la première branche du premier moyen soulevée dans la demande de suspension, ni la troisième branche du premier moyen et le second moyen soulevés à l'audience.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse s'en réfère à l'appréciation du Conseil d'État et ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VIII. Confidentialité

La partie adverse sollicite le maintien de la confidentialité pour les offres de la requérante et de l'intervenante ainsi que pour "les réponses [que ces soumissionnaires] ont apportées sur le plan technique à la justification de leurs prix". Il s'agit des pièces 7, 9, 11, 13 et 15 à 17 du dossier administratif.

L'intervenante sollicite également le maintien de la confidentialité pour son offre ainsi que ses justifications de prix. Il s'agit des pièces 1, 3, 5 et 7 du dossier qu'elle a joint à sa requête en intervention.

Dès lors que la divulgation des pièces pour lesquelles la confidentialité a été demandée n'est, à ce stade de la procédure, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme de COLAS BELGIUM est accueillie dans la présente procédure.

Article 2.

La société coopérative à responsabilité limitée compagnie intercommunale liégeoise des eaux (en abrégé C.I.L.E.), la société anonyme RESA et l'association intercommunale pour le démergement et l'épuration des communes de la province de Liège (en abrégé A.I.D.E.) sont mises hors cause.

Article 3.

La suspension de l'exécution de la décision du collège communal de la commune de Flémalle du 9 novembre 2018 attribuant le marché public de travaux pour la revitalisation de Flémalle-Centre (partie 1 – aménagement des voiries) à la société anonyme COLAS BELGIUM est ordonnée.

Article 4.

Les pièces portant les numéros 7, 9, 11, 13 et 15 à 17 du dossier administratif ainsi que les pièces 1, 3, 5 et 7 du dossier déposé par l'intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6.

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

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

M^{mes} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, président f.f.,
Katty LAUVAU, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Nathalie VAN LAER.