

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

A R R Ê T

n° 243.658 du 11 février 2019

A. 227.175/VI-21.399

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
PIERRE FRÈRE ET FILS,**

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

contre :

la commune de Theux,

ayant élu domicile chez
M^{es} Thierry WIMMER et
Gaëtan BIHAIN, avocats,
rue du Palais 64
4800 Verviers.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 11 janvier 2019, la société privée à responsabilité limitée PIERRE FRÈRE ET FILS sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision d'attribution du marché de l'«aménagement et égouttage du village de Polleur», prise par la COMMUNE DE THEUX en date du 27 décembre 2018".

II. Procédure

Par une ordonnance du 14 janvier 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 29 janvier 2019 à 13 heures 30.

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

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 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. David DE ROY, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Norman NEYRINCK, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Thierry WIMMER, avocat, comparaissant pour la partie adverse, 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. Faits

À s'en tenir à la relation qu'en donne la partie requérante, les faits utiles à l'examen de la demande sont les suivants :

- " 1. La COMMUNE DE THEUX a lancé un marché public de travaux relatif à l'«Aménagement et l'égouttage de la ville de Polleur» à Theux.

Le Cahier spécial des charges est publié le 22.10.2018 (CSCh n° 2018-372 – [...]).

Deux articles complémentaires sont ensuite joints au Cahier spécial des charges [...].

2. La SPRL PIERRE FRÈRE ET FILS dépose une offre accompagnée du métré récapitulatif [...]. Son offre est formée pour un prix total de 1.224.348,32 € HTVA (ou 1.382.612,09 € TVAC).

3. Le procès-verbal d'ouverture des offres daté du 14 novembre 2018 constate que 5 offres ont été déposées dans le cadre de cette procédure ouverte [...] :

NOM	ADRESSE	PRIX TVAC (EN EURO)
BODARWE	Avenue de Norvège, 16 à 4960 MALMEDY	1.559.592,39
NELLES FÈRES	Rue au-dessous des trous, 4 à 4960 MALMEDY	1.700.848,94
AM GEHLEN-TRAGECO	Rue de la Litorne, 3 à 4950 WAIMES	1.651.263,28
SPRL PIERRE FRERE ET FILS	Rue de l'Eperonnerie, 7 à 4041 HERSTAL	1.382.612,09
LEJEUNE ET FILS	Avenue Reine Astrid, 260 à 4900 SPA	1.607.557,42

4. Le 20 novembre 2018, un courrier recommandé est adressé à la SPRL

PIERRE FRÈRE ET FILS. Par celui-ci, la COMMUNE DE THEUX sollicite que la SPRL explique et motive le montant de soumission et les prix unitaires de certains postes [...].

5. Le 30 novembre 2018, la SPRL répond par courrier recommandé à la COMMUNE DE THEUX. Elle mentionne notamment que [...] :

« (...) le total des postes à justifier ne représente que 2,62 % du marché, tandis que le poste le plus important ne représente que 0,59 %. (...)».

La SPRL annexe à ce courrier un tableau de justification des prix demandés [...].

6. Par une décision du 27 décembre 2018, la COMMUNE DE THEUX décide d'attribuer le marché à un tiers soumissionnaire. La SPRL PIERRE FRÈRE ET FILS prend connaissance de cette décision par un courrier recommandé daté du 28 décembre 2018, qui en communiqué un extrait [...].

Ce courrier informe la SPRL que son offre a été déclarée irrégulière pour les motifs suivants :

« L'examen détaillé des prix unitaires de l'offre de la sprl Pierre Frère et fils suscite des remarques particulières.

Les prix unitaires des postes n° 206, 207, 208, 216, 217, 218, 235, 240 et 241 présentent des prix *a priori* anormalement bas comparativement aux prix moyens déposés par les autres soumissionnaires.

La sprl Pierre Frère et fils a été interrogée par courrier recommandé le 20 novembre 2018.

Par son courrier recommandé du 30 novembre 2018, la sprl Pierre Frère et fils a transmis ses éléments de réponse.

L'entreprise ayant répondu dans les temps, son justificatif est recevable.

L'examen des justificatifs demandés n'a pas permis de lever le caractère apparemment anormal de l'ensemble des prix unitaires au sujet desquels la sprl Pierre Frère et fils a été interrogée.

Il a été constaté que pour tous les postes sur lesquels l'entrepreneur est interrogé, les justificatifs de prix remis ne permettent pas de retrouver les prix de soumission. Les écarts repris dans le tableau ci-après, varient de 1,51 % jusque 43,51 % ce qui est très important.

Poste	Intitulé	Prix unitaire soumission	Prix unitaire justifié	Ecart entre les deux PU	Pourcentage poste / offre	Pourcentage poste estimé / estimation
206	Terrassement 2-3m DN400	63,05 €	46,56 €	26,15 %	0,57 %	0,48 %
207	Terrassement 2-3m DN500	72,75 €	55,87 €	23,20 %	0,74 %	0,58 %
208	Terrassement 2-3m DN600	72,75 €	55,87 €	23,20 %	0,27 %	0,22 %
216	DN 400 béton armé	63,05 €	69,23 €	-9,80 %	0,57 %	0,75 %
217	DN 500 béton armé	82,45 €	91,43 €	-10,89 %	0,84 %	1,03 %
218	DN 600 béton armé	87,30 €	109,75 €	-25,71 %	0,32 %	0,48 %
239	Supplément pour traitement (physico)	14,55 €	14,77 €	-1,51 %	0,47 %	1,36 %
240	Supplément pour traitement (Bouwstoff)	14,55 €	9,52 €	34,57 %	0,59 %	0,97 %
241	Supplément pour traitement (Décontaminé)	14,55 €	8,22 €	43,51 %	0,59 %	0,87 %

En outre, pour les postes 216 à 218, l'entrepreneur a oublié dans son justificatif, de tenir compte de l'enrobage latéral et initial de la canalisation en

empierrement 0/32. Or pour ces postes, l'entrepreneur justifie déjà un prix supérieur au prix de soumission.
Pour les justificatifs des postes 239 à 241, l'entrepreneur ne mentionne à aucun moment les prescriptions de l'article additionnel II qui prévoient entre autre la gestion complète des terres polluées ainsi que les frais de stockage temporaire.

Dès lors :

- Attendu qu'après analyse globale tenant compte de la recommandée du 30 novembre 2018, l'anormalité apparente a pu être formellement démontrée, tenant compte du tableau d'analyse des prix unitaires; que les justifications de ces 9 prix unitaires ne peuvent qu'être considérées comme inacceptables.
- Attendu que le pourcentage cumulé des montants des neuf postes de l'offre reconnus anormaux atteint 6,75 % selon l'estimation, et que la valeur cumulée des erreurs démontrées y relatives atteint 4,96 % du montant de leur offre.
- Attendu que les valeurs relatives de ces postes et du montant des erreurs sont à considérer comme non négligeables.
- Attendu que, ce faisant, non seulement le soumissionnaire ne répond pas aux conditions du marché, mais empêche toute comparaison avec les offres déposées par les autres soumissionnaires.

Conformément à l'article 36 § 3 1° de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, l'offre de la sprl Pierre Frère et fils est entachée d'irrégularité substantielle et à considérer comme irrégulière et doit dès lors être écartée».

7. Par la présente requête en suspension d'extrême urgence, la SPRL PIERRE FRÈRE ET FILS sollicite que Votre Conseil suspende la décision du 27 décembre 2018 prise par le Collège communal de la COMMUNE DE THEUX (ci-après : «l'acte attaqué») dont un large extrait lui a été notifié par un courrier du 28 [décembre]".

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, qu'elle expose comme suit :

" A.1. Moyen unique : l'offre de la partie requérante ne présentait pas de poste non-négligeable présentant un caractère anormal

19. Ce moyen est pris de :

- l'article 8, § 1^{er}, 2° 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;
- la violation de l'article 36, § 3, 1° de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
- la violation des articles 35, 36 §§ 1 et 2 et 84, alinéa 2 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
- 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 du principe d'égalité des soumissionnaires, de transparence et du principe de motivation interne des actes administratifs;
- de l'erreur manifeste d'appréciation ; et,
- de la violation du principe de bonne administration et de minutie.

EN CE QUE :

5. La décision attaquée écarte l'offre de la requérante comme étant irrégulière pour les motifs qui suivent :

«

Poste	Intitulé	Prix unitaire soumission	Prix unitaire justifié	Ecart entre les deux PU	Pourcentage poste / offre	Pourcentage poste estimé / estimation
206	Terrassement 2-3m DN400	63,05 €	46,56 €	26,15 %	0,57 %	0,48 %
207	Terrassement 2-3m DN500	72,75 €	55,87 €	23,20 %	0,74 %	0,58 %
208	Terrassement 2-3m DN600	72,75 €	55,87 €	23,20 %	0,27 %	0,22 %
216	DN 400 béton armé	63,05 €	69,23 €	-9,80 %	0,57 %	0,75 %
217	DN 500 béton armé	82,45 €	91,43 €	-10,89 %	0,84 %	1,03 %
218	DN 600 béton armé	87,30 €	109,75 €	-25,71 %	0,32 %	0,48 %
239	Supplément pour traitement (physico)	14,55 €	14,77 €	-1,51 %	0,47 %	1,36 %
240	Supplément pour traitement (Bouwstoff)	14,55 €	9,52 €	34,57 %	0,59 %	0,97 %
241	Supplément pour traitement (Décontaminé)	14,55 €	8,22 €	43,51 %	0,59 %	0,87 %

En outre, pour les postes 216 à 218, l'entrepreneur a oublié dans son justificatif, de tenir compte de l'enrobage latéral et initial de la canalisation en empierrement 0/32. Or pour ces postes, l'entrepreneur justifie déjà un prix supérieur au prix de soumission.

Pour les justificatifs des postes 239 à 241, l'entrepreneur ne mentionne à aucun moment les prescriptions de l'article additionnel II qui prévoient entre autre la gestion complète des terres polluées ainsi que les frais de stockage temporaire.

Dès lors :

- Attendu qu'après analyse globale tenant compte de la recommandée du 30 novembre 2018, l'anormalité apparente a pu être formellement démontrée, tenant compte du tableau d'analyse des prix unitaires; que les justifications de ces 9 prix unitaires ne peuvent qu'être considérées comme inacceptables.
- Attendu que le pourcentage cumulé des montants des neuf postes de l'offre reconnus anormaux atteint 6,75 % selon l'estimation, et que la valeur cumulée des erreurs démontrées y relatives atteint 4,96 % du montant de leur offre.
- Attendu que les valeurs relatives de ces postes et du montant des erreurs sont à considérer comme non négligeables.
- Attendu que, ce faisant, non seulement le soumissionnaire ne répond pas aux conditions du marché, mais empêche toute comparaison avec les offres déposées par les autres soumissionnaires.

Conformément à l'article 36 § 3, 1° de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, l'offre de la sprl Pierre Frère et fils est entachée d'irrégularité substantielle et à considérer comme irrégulière et doit dès lors être écartée»

ALORS QUE :

A.1.a. Première branche : les 9 postes critiqués ont été adéquatement justifiés

6. La décision d'écarter l'offre de la partie requérante est justifiée au regard du fait que les 9 postes «apparemment anormaux» aux yeux de la commune de THEUX n'auraient pas été proprement justifiés. On lit ainsi dans l'acte attaqué :

« Que les justifications de ces 9 prix unitaires ne peuvent qu'être considérés comme inacceptables.» [...].

Cette affirmation est erronée. La Commune de THEUX a sollicité des justifications de la part de la requérante pour 9 postes, soit les postes 206, 207, 208, 216, 217, 218, 239, 240 et 241 [...]. Comme exposé ci-dessous, pour ces 9 postes litigieux :

- 3 postes sur 9 ne sont finalement pas critiqués;
- 3 postes sur 9 ne sont pas critiquables;
- 3 postes sur 9 sont erronément critiqués.

Partant, la décision attaquée est caractérisée par plusieurs vices de motivation ; son exécution doit être suspendue.

7. Les postes 206, 207 et 208 ont été justifiés par la requérante dans son courrier recommandé du 30 novembre 2018 et ne sont finalement pas critiqués.

La justification explique sans faillir comment la SPRL PIERRE FRÈRE ET FILS parvient à proposer l'offre concurrentielle qu'elle a formée pour chacun de ces postes. L'offre formulée pour chacun de ces postes n'est pas trop basse.

Au contraire, après explication du détail du prix [...], une marge de sécurité subsiste même au profit de la SPRL PIERRE FRÈRE ET FILS pour chacun de ces trois postes (soit, 494,70 € pour le poste 206 ; 421,95 € pour le poste 207 et 421,95 € pour le poste 208).

Après justifications, ces 3 postes ne sont plus critiqués par la décision attaquée. Ils ne devraient donc pas être qualifiés d'anormaux et ne devraient pas être inclus dans le décompte des postes anormaux dont le cumul justifierait la mise à l'écart de l'offre de la partie requérante.

8. Les postes 239, 240 et 241 ont été justifiés par la requérante dans son courrier recommandé du 30 novembre 2018 [...]. Les prix remis pour ces postes ne sont pas critiquables vu (i) les documents de marché ; (ii) le type de prestations concernée et (iii) le traitement qui en est fait par ailleurs par la partie adverse.

La décision attaquée persiste malgré tout à critiquer ces trois postes, pour le motif suivant :

« Pour les justificatifs des postes 239 à 241, l'entrepreneur ne mentionne à aucun moment les prescriptions de l'article additionnel II qui prévoient entre autre la gestion complète des terres polluées ainsi que les frais de stockage temporaire.»

Cette critique est erronée et doit être rejetée pour plusieurs raisons.

Premièrement, on relèvera que les prescriptions de l'Article additionnel II sont en contradiction avec les termes du Cahier spécial des charges.

Selon l'article additionnel II [...] :

« Les postes prévus au métré relatifs aux articles X9001* à X9004* du présent

article additionnel s'entendent comme des suppléments par rapport à la gestion et l'évacuation des terres déblais non polluées (D9400). Ils intègrent l'ensemble des frais supplémentaires dont notamment la gestion complète des terres polluées, les frais de stockage temporaire, l'évacuation vers le centre de traitement et les frais de traitement.» [...].

Selon le Cahier spécial des charges [...]:

« Des postes sont prévus au mètre pour la gestion, le stockage, le chargement, le transport et le traitement dans des centres agréés appropriés des terres polluées en fonction de leur degré de pollution.»

Dans un cas, des postes distincts sont annoncés au mètre. Dans l'autre, ils ne sont pas prévus. Or, les documents de marché ne précisent nulle part quelle instruction devrait être préférée. Partant, la partie requérante était libre de retenir l'hypothèse la plus favorable pour son offre et de ne pas inclure le stockage temporaire des pierres dans les postes litigieux.

Deuxièmement, il est erroné de considérer que des «frais de stockage temporaire» des terres polluées devaient nécessairement être comptés, comme le fait l'acte attaqué.

En effet, il est courant que l'entreprise chargée du traitement des terres polluées se charge d'en faire le stockage temporaire, en sorte qu'aucun stockage temporaire ne doit être organisé si l'analyse des terres est faite par sondage et que l'entrepreneur s'organise pour ne pas faire une opération de charge-décharge-stockage intermédiaire avant d'en faire le transport auprès de l'entreprise chargée du traitement : cette dernière fera le stockage temporaire des terres directement sur son site pendant la durée de leur traitement.

Troisièmement, le fait que les postes 239, 240 et 241 ne doivent pas être considérés comme anormaux et non justifiés est confirmé par le fait que les autres postes identiques du mètre ne sont pas remis en cause par l'acte attaqué.

Ainsi, les postes 123, 124, 125 puis 163, 164, 165, puis 190, 191, 192 portent exactement sur les mêmes prestations que les postes 239, 240 et 241.

Pourtant, seule la formation du prix de ces trois derniers postes est critiquée comme étant anormal (!). Au regard du traitement réservé aux neuf autres postes identiques, il est évident que la critique est erronée.

La différence de considération réservée aux postes 123, 124, 125, 163, 164, 165, 190, 191, et 192, d'une part et 239, 240 et 241, d'autre part, révèle une nouvelle contradiction dans la motivation de la décision attaquée.

9. Les postes 216, 217 et 218, sont erronément critiqués.

Certes, les justifications fournies par PIERRE FRÈRE ET FILS révèlent un prix unitaire légèrement supérieur au prix de son offre.

Toutefois, il est erroné d'affirmer : «En outre, pour les postes 216 à 218, l'entrepreneur a oublié dans son justificatif, de tenir compte de l'enrobage latéral et initial de la canalisation en empierrement 0/32. Or pour ces postes, l'entrepreneur justifie déjà un prix supérieur au prix de soumission».

En effet, contrairement à ce qui est avancé dans la motivation de la décision attaquée, la requérante n'a pas «oublié de compter un enrobage (...) de la canalisation en empierre», mais a compté un enrobage plus efficace en stabilisé [...].

Or, le stabilisé est notoirement non seulement plus efficace que la pierre, mais également significativement plus onéreux [...]. Dès lors, aucun surpris supplémentaire afférent à un ajout d'empierrement ne devrait être compté et ne serait susceptible d'augmenter le prix de la requérante.

10. Les développements qui précèdent démontrent que les justifications afférentes aux 9 postes mis en évidence par l'acte attaqué sont acceptables.

L'acte attaqué est affecté d'un vice de motivation.

A.1.b. Deuxième branche : les calculs de l'acte attaqué sont erronés

11. A lire l'acte attaqué, on comprend que le cœur du raisonnement qui mène à l'écartement de l'offre de la partie requérante est fondé sur deux ratios – soit, d'après l'intitulé des colonnes du tableau qui y est reproduit, un ratio «pourcentage poste / offre», d'une part, et un ratio «pourcentage poste estimé / estimation», d'autre part.

12. Le ratio «pourcentage poste / offre» retient l'attention en premier.

Il est erroné de bout en bout. Le courrier recommandé de justifications du 30 novembre 2018 et le tableau qui y était accompagné [...] font le calcul de la valeur de chaque poste par rapport au prix final de l'offre.

À l'évidence, pour mettre en rapport de manière utile le prix d'un poste avec le prix total du marché (exprimé en quantités présumées), il faut prendre en considération le prix du poste calculé au regard des quantités présumées.

On rappellera en outre que le prix final de l'offre de la requérante hors TVA était de 1.224.348,32 € (ou 1.382.612,09 € TVAC) [...].

La formule applicable est alors :

Prix du poste (en € htva) / 1.224.348,32 € x 100 = %

Les résultats sont alors tout autres que ceux repris dans l'acte attaqué. Ainsi :

N° poste	Prix unitaire soumission (en €)	Prix du poste (en €)	Pourcentage prix du poste / offre, dans la justification (en %) [...]	Pourcentage poste / offre, dans l'acte attaqué (en %) [...]
206	63,05	1.891,50	0,15	0,57
207	72,75	1.818,75	0,15	0,74
208	72,75	1.818,75	0,15	0,27
216	63,05	1.891,50	0,15	0,57
217	82,45	2.061,25	0,17	0,84
218	87,30	2.182,05	0,18	0,32
239	14,55	5.820,00	0,48	0,47
240	14,55	7.275,00	0,59	0,59
241	14,55	7.275,00	0,59	0,59
Total			2,61 %	4,96 %

Les résultats repris dans l'acte attaqué passent sans raison du simple au double (!).

13. Le ratio «pourcentage poste estimé / estimation» ne convient pas mieux. D'abord, on comprend mal ce dont la Commune de THEUX parle.

- De quelle «estimation» parle-t-on ? Celle réalisée par la Commune elle-même lors de l'élaboration du marché ?

Parle-t-on de l'estimation du prix total du marché ou de l'estimation poste par poste ? (Il est possible de faire des ratios avec tout !).

Dans tous les cas, quel est le montant de cette/ces estimations ? Celui-ci/ceux-ci ne sont pas repris dans la notification faite de l'acte attaqué [...]. Il n'est dès lors pas possible de comprendre la décision notifiée au requérant.

Ce faisant, l'acte attaqué viole l'article 8, § 1^{er}, 2^o de la loi du 17 juin 2013, ainsi que les règles de motivation des actes administratif, précitées.

● De quel «poste estimé» parle-t-on ? De quoi s'agit-il ? Par qui ces postes ont-ils été «estimés» ?

- Par la requérante ? Mais alors :

S'il s'agit de son offre, il ne s'agit pas d'un prix «estimé», et on ne comprend pas la raison de la différence de formulation entre les deux dernières colonnes («poste» / «poste estimé»).

S'il s'agit du prix établi à partir des justifications formulées par la partie requérante, on ne comprend pas les résultats calculés qui tantôt augmentent alors que le prix justifié recule, tantôt augmentent, alors que le prix justifié baisse. Ainsi, à titre d'exemple :

N° poste	Prix unitaire soumission (en €)	Prix unitaire justifié (en €)	Evolution PU justifié par rapport au PU soumission	Pourcentage poste / offre dans l'acte attaqué (en %)	Pourcentage poste estimé / estimation dans l'acte attaqué (en %)
239	14,55	14,77 €	↑	0,47	0,97
240	14,55	9,52 €	↓	0,59	0,87

- La suite du raisonnement semble également erronée, lorsqu'elle présente le total de la dernière colonne (6,75 %) comme «le pourcentage cumulé des montants des neufs postes de l'offre reconnus anormaux». 6,75 % est sans doute un cumul de pourcentages, mais pas un cumul de «montants de postes».

Tout est mélangé.

L'acte attaqué est sans doute erroné. En tous cas, il est incompréhensible.

A.1.c. Troisième branche : la somme des pourcentages est erronée

14. Fondamentalement, l'acte attaqué est erroné lorsqu'il fait l'addition des postes 239, 240 et 241.

Ces trois postes sont des postes alternatifs. Ils portent sur trois techniques de traitement des terres polluées («physico», «bouwstoff» ou «décontaminé»), applicables en fonction du type de terre et du type de pollution identifiée. Au final, dans l'hypothèse où des prestations de dépollution seraient nécessaires, une seule de ces trois techniques de dépollution sera déployée.

Il est donc erroné d'additionner le pourcentage que représentent chacun de ces postes dans l'offre pour apprécier le caractère négligeable ou non de l'impact de ces postes (soi-disant anormaux), sur le total de l'offre.

Certes, on peut comprendre que ces postes soient additionnés au stade du classement des offres en concurrence, afin de les comparer. (Comment faire autrement, dans la mesure où le Cahier spécial des charges n'introduisait pas de variantes ni d'options ?).

Par contre, l'addition de ces postes au stade de l'examen de l'anormalité de l'offre a pour effet de gonfler artificiellement le risque lié à l'offre de la requérante – et donc leur caractère cumulativement «non négligeable», au sens de l'article 36, § 3, 1° de l'A.R. du 18 avril 2017.

15. Une approche cohérente aurait nécessairement consisté à ne retenir qu'un seul des trois postes dans l'addition des pourcentages examinés – quitte à retenir le poste qui représente le montant le plus élevé par rapport au prix total de l'offre, si la Commune de THEUX est adverse au risque (soit, les postes 240 ou 241).

L'acte attaqué est donc une nouvelle fois erroné.

16. Le tableau ci-dessous présente les «pourcentages poste/offre», correctement calculés et justifiés par la requérante [...], avec uniquement le poste au prix plus élevé parmi les trois postes afférents aux trois techniques de dépollution (postes 239, 240 et 241). Nous mettons ce résultat en regard avec le résultat (erroné) de l'acte attaqué.

Nous proposons également une variante sans les trois premiers postes (poste 206, 207 et 208), dans la mesure où il n'est pas sérieusement contestable que les justifications de ces trois postes ne sont finalement critiquées par l'acte attaqué.

N° poste	Prix unitaire soumission (en €)	Prix du poste (en €)	«Pourcentage poste / offre», selon justification (en %) [...], sans les deux postes les moins chers parmi les 3 derniers postes	«Pourcentage poste / offre», selon justification (en %) [...], sans les 3 premiers postes et sans les deux postes les moins chers parmi les 3 derniers postes	Pourcentage poste / offre, dans l'acte attaqué (en %) [...]
206	63,05	1.891,50	0,15	/	0,57
207	72,75	1.818,75	0,15	/	0,74
208	72,75	1.818,75	0,15	/	0,27
216	63,05	1.891,50	0,15	0,15	0,57
217	82,45	2.061,25	0,17	0,17	0,84
218	87,30	2.182,05	0,18	0,18	0,32
239	14,55	5.820,00	/	/	0,47
240	14,55	7.275,00	/	/	0,59
241	14,55	7.275,00	0,59	0,59	0,59
Total			1,54 %	1,09 %	4,96 %

17. À l'évidence, même à suivre la méthodologie et les critères retenus par l'acte attaqué, dès lors que ceux-ci sont mis en œuvre de manière cohérente, des différences très significatives existent entre le résultat (erroné) retenu par l'acte attaqué (4,96 %) et le résultat objectif qu'il fallait atteindre (1,09 % ou 1,54 %).

Le cumul des ratios des prix des postes soi-disant anormaux par rapport au prix total de l'offre remis par la SPRL PIERRE FRÈRE ET FILS est trois à cinq fois plus élevé dans l'acte attaqué que dans la réalité.

En vérité, le risque apparent pour le pouvoir adjudicateur, après cumul de tous les postes soi-disant anormaux, non justifiés et susceptibles d'être comptabilisés, représentait au plus 1,09 % du montant de l'offre (!). Et non 4,96 %.

18. Parce que son attendu central écarte l'offre de la requérante sur la base d'une donnée erronée (4,8 %), l'acte attaqué est entaché d'un vice de motivation. Dans le même ordre d'idée, ce chiffre erroné ne peut justifier l'affirmation selon laquelle les postes critiqués, soi-disant anormaux, seraient non négligeables.

A.1.d. Quatrième branche : les postes critiqués par l'acte attaqué étaient négligeables ; l'acte attaqué ne démontre pas qu'ils étaient non-négligeables

19. L'acte attaqué est fondé sur l'article 36 § 3, 1° de l'AR du 18 avril 2017. Celui-ci est rédigé comme suit :

« § 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;»

Au-delà même du fait que les justifications avancées par la partie requérante font obstacle à ce que les 9 postes critiqués puissent être qualifiés d'anormaux, l'acte attaqué échoue à motiver à suffisance de droit la raison de la mise à l'écart de l'offre de la SPRL PIERRE FRÈRE ET FILS.

Notamment, si on comprend que c'est le cumul de plusieurs postes présentant un caractère anormal qui est critiqué (en sorte que c'est l'accumulation qui est non-négligeable, et non pas un poste en particulier), l'acte attaqué échoue à justifier pourquoi ces postes, même cumulés, atteindraient un niveau «non négligeable».

20. Or, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, une décision administrative fondée sur l'article 36 § 3, 1° de l'AR du 18 avril 2017 ne peut se contenter de considérer que certains postes apparemment anormaux sont «non-négligeables» pour écarter une offre. Il convient encore d'expliquer pourquoi ces postes sont non-négligeables.

On lit ainsi dans un arrêt CE n° 240.679 du 7 février 2018 (SPRL SERGE ENGLEBERT c. Ville de BASTOGNE) :

« 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».

Parce qu'il échoue à indiquer pourquoi les postes critiqués seraient non-négligeables, l'acte attaqué est affecté d'un vice de motivation.

21. Dans le silence de la loi, on argumentera qu'un ou plusieurs postes apparemment anormaux peuvent être considérés comme négligeables ou non-négligeables soit d'un point de vue qualitatif, soit d'un point de vue quantitatif.

22. Rien n'indique que les 9 postes critiqués seraient qualitativement non-négligeables. Ni à titre individuel, ni cumulativement.

Notamment, les 3 postes afférents au traitement des terres polluées ne sont pertinents que dans l'hypothèse où, lors des sondages, il devrait apparaître que les terres à extraire sont effectivement polluées. Ces 3 postes concernent un aléa et, selon toute vraisemblance, ne devront pas être mis en œuvre. Ils ne peuvent donc pas sérieusement être considérés comme qualitativement non négligeables.

Les 3 premiers postes (206, 207, 208) ne sont pas anormaux – leur justification n'est pas critiquée.

Par ailleurs, ni les 3 premiers postes (206, 207, 208) ni les postes intermédiaires (216, 217, 218) ne sont qualitativement remarquables. Ils portent sur des prestations classiques, voire banales, soit la réalisation d'une tranchée

(«terrassment pour canalisation»), et la pose d'un tuyau («tuyau en béton non armé»).

A fortiori, aucune «faiblesse qualitative générale», manifestée par le cumul de ces 9 postes précise ne semble être alléguée.

23. L'acte attaqué semble plutôt se placer sur le terrain de l'analyse quantitative – ceci se manifeste à travers le calcul de ratios, et l'accumulation des ratios afférents aux postes critiqués.

Nonobstant, l'acte attaqué échoue à déterminer en quoi ou pourquoi l'accumulation des postes en question – équivalent à 4,96 % du montant de l'offre dans l'appréciation de l'acte attaqué, mais à maximum 1,09 % en réalité – devrait être considérée comme constituant un montant «non négligeable».

24. Sans doute faut-il ici revenir à l'objectif poursuivi par le législateur.

L'objectif de la réglementation relative aux marchés publics est, d'une part, d'assurer une égalité d'opportunités entre soumissionnaires vis-à-vis de l'accès aux commandes publiques et, d'autre part, de permettre aux pouvoirs publics de bénéficier des meilleures conditions d'intervention susceptibles d'être fournies par le marché (soit, en matière d'attribution, le prix le plus bas).

Cela dit, un garde-fou a été mis en place en matière de prix anormalement bas. L'objectif du législateur est de prémunir les pouvoirs publics contre le risque de faillite du soumissionnaire en cours d'exécution du marché en raison d'un prix excessivement bas.

Ceci ayant été clarifié, il faut conclure qu'une accumulation de postes anormaux ne peut devenir non-négligeable d'un point de vue quantitatif que si ce montant dépasse la marge bénéficiaire habituellement pratiquée pour ce type de marché.

En d'autres termes, le soumissionnaire ne peut pas être critiqué pour avoir remis un prix bas, pourvu que ce différentiel de prix n'ait pas pour effet de rendre l'exécution de marché déficitaire pour lui.

La question qui se pose alors consiste à déterminer quelle est la marge habituelle pour ce type de marché.

Selon la Confédération de la construction, en 2010 «les entreprises de construction ont engrangé une marge nette sur ventes médiane qui oscille entre 3,2 % et 3,7 %, selon les sous-secteurs d'activité». [...].

25. Dès lors, parce qu'il échoue à définir le standard de référence à l'aune duquel le cumul des postes anormaux devrait être considéré comme non-négligeable (que ce soit dans son principe ou en pratique), l'acte attaqué est entaché d'un vice de motivation.

En outre, puisque le montant cumulatif des postes soi-disant anormaux est, selon toute vraisemblance, inférieur à la marge bénéficiaire normale d'une entreprise de la construction (1,09 %, comme établi ci-dessus), l'impact de ces postes sur l'offre devait être considéré comme négligeable, et l'offre de la partie requérante ne pouvait être écartée pour irrégularité substantielle.

26. Cette conclusion est d'autant plus fondée que le risque pour le maître de l'ouvrage ne devrait pas être apprécié à l'aune du prix du poste, mais uniquement à l'aune de la différence entre le prix du poste et ce qui devrait constituer un prix normal – indéterminée dans l'acte attaqué.

27. Partant, l'acte attaqué est illégal.

28. Pour ces raisons, il y a lieu de conclure à l'illégalité de cette décision qui doit être suspendue par Votre Conseil".

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen est dirigé contre l'acte attaqué, en tant que celui-ci, par application de l'article 36, § 3, 1^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, déclare entachée d'irrégularité substantielle (à raison de prix anormaux) et écarte l'offre de la requérante. Il y est plus particulièrement reproché à la partie adverse d'avoir – pour statuer en ce sens – considéré que les neuf prix unitaires qu'elle avait invité la requérante à justifier étaient anormaux et que les postes auxquels ils se rapportent étaient non négligeables.

En ses paragraphes 1^{er}, 2 et 3, l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit :

" Art. 36. § 1^{er}. 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. Lorsqu'il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée directe avec publication préalable et la procédure négociée sans publication préalable, l'examen se fait sur la base des dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure.

§ 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. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.

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

Les justifications concernent notamment :

- 1^o l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
- 2^o 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^o l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
- 4^o 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 1^{er}, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, 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 1^{er}, de la loi et ce, en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée. Lorsque l'offre contrevient aux obligations applicables dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 2.

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.

Si le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre paraît anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat par le soumissionnaire, il ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le pouvoir adjudicateur qui écarte une offre dans ces conditions le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 3. Le présent alinéa n'est applicable que pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne".

Quant à la première branche

La requérante reproche à la partie adverse d'avoir – pour décider qu'étaient anormaux les neuf prix unitaires à propos desquels des justifications avaient été sollicitées – estimé que les justifications apportées pour ces neuf prix ne pouvaient être considérées que comme inacceptables, alors que – selon le moyen – trois d'entre eux "ne sont finalement pas critiqués", tandis que trois autres "ne sont pas critiquables" et que les trois derniers "sont erronément critiqués". Elle perd toutefois de vue que cette décision repose également sur le constat que "pour tous les postes sur lesquels l'entrepreneur est interrogé, les justificatifs de prix ne permettent pas de retrouver les prix de soumission", étant précisé que les écarts constatés varient de 1,51 % à 43,51%. Or, elle ne formule aucun grief à propos de ce motif pris des écarts entre les prix justifiés et les "prix de soumission".

Dans ces circonstances où n'est pas critiqué un motif suffisant à justifier la décision que les prix unitaires sont anormaux, les critiques dirigées contre l'autre motif de celle-ci ne pourraient – même à les supposer sérieuses – conduire à ordonner la suspension de son exécution, sur la base de cette branche du moyen.

Quant à la deuxième branche

La requérante conteste l'exactitude des deux ratios utilisés par la partie adverse dans le tableau d'analyse des prix unitaires litigieux, qu'elle désigne respectivement comme étant le ratio "pourcentage poste/offre" et le ratio "pourcentage estimé/estimation".

S'agissant du premier ratio, il apparaît – au vu des explications non contestées et, *prima facie*, non contestables de la partie adverse – que, pour chacun des six prix unitaires à propos desquels le grief est formulé, la requérante a erronément tenu compte – dans l'évaluation du prix de chaque poste concerné – de son rendement journalier, et non de la quantité totale annoncée pour le poste.

S'agissant des données du tableau d'analyse des prix unitaires litigieux au regard du deuxième ratio, elles n'apparaissent pas davantage erronées, ni inappropriées aux fins de démontrer le caractère non négligeable des valeurs des postes concernés.

Dès lors que les deux prétendues erreurs sur lesquelles repose le moyen en cette branche ne sont, *prima facie*, elles-mêmes établies que sur la base de postulats inexacts, les critiques qui tentent d'en tirer profit n'apparaissent pas sérieuses.

Quant à la troisième branche

Les différentes critiques formulées au titre de la troisième branche du moyen découlent toutes de l'affirmation selon laquelle les postes 239, 240 et 241 seraient alternatifs, de sorte que la partie adverse ne pouvait en additionner les valeurs respectives pour apprécier leur caractère (non) négligeable et celui de l'ensemble des neuf postes auxquels se rapportaient les prix unitaires litigieux.

Cette affirmation ne trouve toutefois aucun appui dans les documents du marché et la partie adverse n'est pas sérieusement contestée en ce qu'elle a estimé que les 1.400 tonnes de terres destinées à être évacuées étaient susceptibles de faire l'objet de traitements différents selon la nature des terres excavées.

Le moyen n'est pas sérieux en sa troisième branche.

Quant à la quatrième branche

Ainsi que le reconnaît elle-même la partie adverse, celle-ci était tenue – pour écarter, par application de l'article 36, § 3, 1°, précité, l'offre de la requérante

comme étant affectée d'une irrégularité substantielle – d'établir le caractère anormal d'un ou plusieurs prix unitaire(s), ainsi que le caractère non négligeable des postes concernés.

Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, il examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'Etat ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité, et de censurer dans le chef de cette dernière une appréciation manifestement erronée.

Il ressort de la réponse à la première branche du moyen que la requérante a échoué à établir sérieusement que la partie adverse a erronément considéré comme anormaux les prix unitaires litigieux.

S'agissant du caractère non négligeable des postes concernés, la partie adverse l'a – aux termes de l'acte attaqué – justifié sur la base de la motivation suivante :

" Attendu que le pourcentage cumulé des montants des neuf postes de l'offre reconnus anormaux atteint 6,75 % selon l'estimation, et que la valeur cumulée des erreurs démontrées y relatives atteint 4,96 % du montant de leur offre.

Attendu que les valeurs relatives de ces postes et du montant des erreurs sont à considérer comme non négligeables".

L'examen des deuxième et troisième branches du moyen a révélé que la requérante échouait à établir sérieusement que les valeurs ainsi fixées par la partie adverse procédaient d'erreurs manifestes d'appréciation qu'il appartenait au Conseil d'Etat de censurer. En outre, il n'apparaît pas que cette même partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant, sur la base des valeurs ainsi prises en compte, que les postes concernés étaient non négligeables.

Le moyen n'est pas sérieux en sa quatrième branche.

Il suit de l'ensemble des développements qui précèdent que le moyen ne peut être déclaré sérieux en aucune de ses branches.

V. Confidentialité

La requérante déclare déposer le métré récapitulatif de son offre à titre

confidentiel (pièce 3 de son dossier). Elle précise dans sa requête qu'il y a lieu de soustraire son offre des pièces consultables du dossier administratif.

La partie adverse demande, quant à elle, que soit préservée la confidentialité des offres de la requérante et de l'attributaire du marché, ainsi que de leurs justifications de prix, qu'elle dépose au dossier administratif (pièces 15, 16, 17 et 18 du dossier administratif).

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

Par ailleurs, la requérante dépose également son courrier de justification de prix et le tableau y annexé (pièces 6 et 7 de son dossier). Ces pièces comprenant des informations relevant du secret des affaires, il s'impose, pour la même raison que celle exposé ci-avant, de les déclarer d'office comme confidentielles.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

La requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces 3, 6 et 7 du dossier de la requérante et les pièces 15, 16, 17 et 18

du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros, accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le onze février deux mille dix-neuf par :

MM. David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.