

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

A R R Ê T

n^o 243.915 du 8 mars 2019

A. 227.130/VI-21.393

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 :

la commune de Flémalle,

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^e Jean-François JAMINET, avocat,
Rue Doumier, 159
4430 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 3 janvier 2019, la société anonyme ENTREPRISE MARCEL BAGUETTE demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 21 décembre 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)".

Par une requête introduite le 13 février 2019, la société anonyme ENTREPRISE MARCEL BAGUETTE demande l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Un arrêt n° 243.655 du 7 février 2019, a rouvert les débats et remis l'affaire à l'audience du 5 mars 2019 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 18 janvier 2019, la société anonyme COLAS BELGIUM demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e François PAULUS, *loco* M^{es} Bernard de COCQUEAU et André DELVAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Jean-Marc RIGAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Jean-François JAMINET, 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. Faits

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 démergement et l'épuration des communes de la province de Liège (en abrégé

A.I.D.E.) et que la commune de Flémalle est le maître d'ouvrage 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 euros 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€	1.111.170,46€	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".

Saisi d'une demande de suspension d'extrême urgence introduite par la société ENTREPRISE MARCEL BAGUETTE, le Conseil d'État suspend l'exécution de la décision du 9 novembre 2018 par l'arrêt n° 243.212 du 12 décembre 2018.

Le 21 décembre 2018, le collège communal décide de retirer sa décision du 9 novembre 2018. Il adopte une nouvelle décision, qui constitue l'acte attaqué et qui est rédigée notamment comme suit:

" [...]
 " Attendu qu'un rapport d'examen des offres a été rédigé le 8 novembre 2018;
 Attendu qu'un rapport d'examen des offres est annexé à la présente décision;
 Attendu que suite à l'arrêt du Conseil d'Etat du 12 décembre 2018, n° 243.212, la motivation qui figure aux pages 7 à 9 du rapport d'examen des offres est insuffisante;
 Que la motivation en question doit dès lors être revue;
 Attendu que l'analyse des prix globaux remis par les soumissionnaires ayant remis une offre régulière est la suivante :

	COLAS	BAGUETTE	GEHLEN
Estimation globale du marché	4.548.904,58 €		
Montant global de l'offre Htva	4.047.216,87 €	4.329.881,90 €	4.777.006,03 €
Ecart en % par rapport à l'estimation	-11,03 %	-4,81 %	5,01 %
Analyse de l'écart par rapport à l'estimation	Important mais acceptable	Normal	Normal
Moyenne (art 36 § 4 de l'AR du 18/04/2017)	4.440.628,34 €		
Ecart en % par rapport à la moyenne	-8,88 %	-2,49 %	7,58 %
Analyse de l'écart par rapport à la moyenne	Normal	Négligeable	Normal

Attendu que l'entreprise COLAS SA a déposé l'offre la moins-disante au montant de 4.047.216,87 € hors T.V.A.;
 Qu'il y a lieu d'examiner l'offre en question au regard de la normalité des prix, d'une part d'un point de vue global et d'autre part relativement aux prix unitaires;

Attendu que l'analyse des prix globaux ne montre aucune offre anormalement basse ou haute et que les écarts sont normaux, négligeables et acceptables;
Attendu que l'analyse des prix unitaires de l'offre la moins disante a été réalisée de la manière suivante :

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, 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. Les réponses qui ont été apportées sont confidentielles tout comme l'offre qu'elle a remise. Cependant, il peut être précisé que :

- Les rendements annoncés par la SA COLAS BELGIUM sont hauts mais justifiés par la mobilisation d'équipes adaptées à des rendements élevés. En effet, le nombre d'hommes et de matériel est supérieur aux habitudes pratiquées dans le milieu. Il est également admis que le renforcement des équipes peut être le résultat d'un délai contractuel d'exécution relativement court (voulu par le pouvoir adjudicateur).
- Les largeurs de tranchées données par la SA COLAS BELGIUM posaient question pour les postes 324 à 328 et 330 dont il n'était pas certain qu'elles correspondaient strictement aux dispositions du cahier spécial des charges. Il est admis que l'indication donnée dans sa première réponse du 14/09/2018 n'est qu'une méthode d'exécution pour laquelle il est nécessaire d'obtenir une dérogation (p. 2 § 1 à 3). Dans l'hypothèse où elle ne l'obtiendrait pas, la SA COLAS BELGIUM répond le 8/11/2018 que les travaux seront exécutés selon les dispositions du cahier des charges et au cahier des charges type Qualiroutes, tout en conservant le prix initial de son offre (notes manuscrites). Il apparaît de la comparaison des réponses du 14 septembre 2018 et du 8 novembre 2018 relatives à la justification du prix que la différence dans les deux méthodes d'exécution qui se situe au niveau de la largeur de la tranchée ne représente que quelques dizaines de centimètres. En outre, il est indiqué que la profondeur de la tranchée sera également quelques centimètres moindre lorsque la tranchée est déterminée comme étant plus large. La méthode de calcul est donc acceptable puisque d'une part l'empierrement du drain sera moindre et il y aura une compensation partielle de l'enlèvement des terres au niveau de la profondeur du drain. En outre, le poste 10 des postes 324 à 328 et 330 ne représente en tant que tel que un pourcent, des postes 324 à 328 et 330 qui eux-mêmes ne représentent que quelques pourcents du marché;

Attendu que lors de l'analyse des offres, l'auteur de projet a également sollicité des justificatifs de prix unitaires auprès de la SA BAGUETTE. Cette analyse a été réalisée de la manière suivante :

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

Une demande de justification des prix unitaires des postes n° 104, 191, 205, 326, 353, 354, 372, 384, 414, 415 et 417 a été adressée à la SA BAGUETTE par lettre recommandée datée du 06 septembre 2018.

Par son courrier daté du 17 septembre 2018, la SA BAGUETTE a transmis la justification demandée dans les délais impartis.

Une demande de justifications complémentaires des prix unitaires des postes n° 205, 326, 353 et 354 a été adressée à la SA BAGUETTE par lettre recommandée du 23 octobre 2018.

Par courrier daté 24 octobre 2018, la SA BAGUETTE a transmis la justification complémentaire demandée dans les délais impartis.

L'examen des justificatifs demandés a permis de lever le caractère apparemment anormal de certains prix unitaires. Les réponses qui ont été apportées sont confidentielles tout comme l'offre qu'elle a remise. Cependant, il peut être précisé que les détails des calculs des postes 326, 353 et 354 posaient question. A savoir qu'ils faisaient apparaître la non utilisation de certains outils pourtant indispensables à la méthode proposée. Il est admis que la SA BAGUETTE possède le matériel en question et que la possession de matériel amorti est une justification suffisante. En outre, la S.A. BAGUETTE s'est engagée à conserver le prix initial de son offre et ne réclamer aucun supplément sur ces postes;

Attendu que le classement définitif des offres régulières est le suivant :

Ordre	Soumissionnaire	Commune de Flémalle		S.P.G.E.	C.I.L.E.	RESA	TOTAL	
		HTVA	TVAC (21 %)	HTVA	HTVA	HTVA	HTVA	Avec prise en compte des TVA applicables
1	COLAS de Crisnée	1.969.149,90	2.382.671,38	815.809,37	561.961,00	700.296,60	4.047.216,87	4.460.738,35
2	MARCEL BAGUETTE SA de Thimister-Clermont	2.204.763,00	2.667.763,24	993.398,20	560.290,70	571.430,00	4.329.881,90	4.792.882,14
3	SM GEHLEN-TEGEC de Waimes	2.257.485,78	2.731.557,79	1.369.416,25	568.708,00	581.396,00	4.777.006,03	5.251.078,04

Attendu qu'il s'agit d'un marché conjoint pour lequel la commune de Flémalle intervient au nom de l'A.I.D.E., de la C.I.L.E. et de RESA SA à l'attribution du marché;

Attendu que les travaux de voirie, à charge de la commune, s'élèvent à 2.382.671,38 euros TVA comprise;

Attendu que le crédit permettant cette dépense est inscrit à l'article 930/735-60 du budget extraordinaire de l'exercice 2018;

Vu l'avis positif remis par le service des Finances en date du 20 décembre 2018.

DÉCIDE :

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. et S.M. GEHLEN-TEGEC comme complètes et régulières et de considérer l'offre AB TECH S.A. comme non-conforme en matière de sécurité et santé;

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, [...] 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".

Entre-temps, par un arrêté du 20 décembre 2018, la ministre des Pouvoirs locaux, du Logement et des Infrastructures sportives a annulé la délibération du conseil communal de Flémalle approuvant le mode de passation et les conditions du marché, ainsi que la délibération du collège communal du 9 novembre 2018 attribuant le marché à la société COLAS. La partie adverse a transmis cet arrêté au Conseil d'État par un courrier envoyé le 29 janvier 2019, alors que la présente affaire était en délibéré, en demandant "l'annulation de la procédure opposant la Commune de Flémalle à la S.A. BAGUETTE", pour le motif que "celle-ci est devenue sans objet à la suite de l'arrêté [...] du 20 décembre 2018". En conséquence, l'arrêt n° 243.655 du 7 février 2019 rouvre les débats en vue de permettre aux parties de s'expliquer sur l'incidence, en la présente espèce, de l'arrêté du 20 décembre 2018. L'affaire est fixée à l'audience du 5 mars 2019.

Par une requête introduite le 14 février 2019, la société anonyme ENTREPRISE MARCEL BAGUETTE demande l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de l'arrêté ministériel du 20 décembre 2018, précité, annulant la délibération du conseil communal du 24 mai 2018. Cette affaire est également fixée à l'audience du 5 mars 2019. L'arrêt n° 243.894 du 6 mars 2019 ordonne la suspension de l'exécution de l'arrêté précité.

Le 14 février 2019, le conseil communal de Flémalle décide:

- " 1. D'approuver le cahier des charges (N° 2017/529) et le montant estimé du marché public de travaux pour la revitalisation de Flémalle-Centre établis par l'association momentanée FEDER Flémalle, auteur de projet [...] et s'élevant à 4.548.904,58 euros hors TVA dont 2.318.781,40 euros hors TVA à charge de la commune, soit 2.805.725,49 euros, 21% TVA comprise;
2. De retenir le mode de passation par procédure ouverte;
3. De soumettre de marché à publicité européenne;
4. De financer les dépenses en résultant au moyen du crédit inscrit à l'article 930/735-60/2018 du budget extraordinaire de l'exercice 2019 (sous réserve d'approbation de ce dernier par les autorités de tutelle compétentes en la matière).
5. D'approuver le projet de convention de marché conjoint;
[...]".

Cette délibération fait état, dans sa motivation, de l'annulation, par l'autorité de tutelle, de la délibération du 24 mai 2018 pour le motif que n'a pas été imposée l'utilisation du formulaire DUME. Elle vise ensuite le cahier des charges du marché concerné, "établi et rectifié par l'auteur de projet, spécialement en ce qui concerne l'utilisation du DUME (Document unique de marché européen)". Un avis de marché a été publié au Bulletin des Adjudications le 25 février 2019 et au Journal officiel de l'Union européenne le 1^{er} mars 2019.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 18 janvier 2019, 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. Quant à l'objet du recours

Il résulte des débats à l'audience que, contrairement à la première décision d'attribution, la décision du 21 décembre 2018 n'a pas été annulée par l'autorité de tutelle.

Par ailleurs, la partie adverse a exposé que le lancement d'une "nouvelle procédure", décidée le 14 février 2019, n'implique pas retrait de la décision attaquée, l'objectif étant de répondre sans tarder à l'objection de l'autorité de tutelle relative au DUME. Elle ajoute que, dans l'hypothèse d'un retrait, par l'autorité de tutelle, de sa décision d'annulation du 20 décembre 2018, elle publierait des avis rectificatifs déclarant nulles et non avenues les publications des 25 février et 1^{er} mars 2019.

Il s'ensuit, dans ces circonstances particulières, qu'il y a lieu de considérer, dans les limites d'un examen *prima facie* en extrême urgence, que la décision attaquée existe toujours et que le présent recours a donc bien un objet. En tout de cause, eu égard à la suspension de l'exécution, ordonnée par l'arrêt n° 243.894 du 6 mars 2019, de l'arrêté ministériel du 20 décembre 2018, la délibération du conseil communal du 14 février 2019 repose sur un motif présentant une apparence d'irrégularité et devrait donc voir son application écartée.

VI. Premier moyen, deuxième branche

VI.1. Thèses des parties

A. La requête

Le premier moyen est pris "de la violation des articles 76, §§ 1^{er} et 3, et 34, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 56 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, du cahier spécial des charges, du cahier des charges type Qualiroutes, ainsi que du principe *patere legem quam ipse fecisti*, 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".

En une deuxième branche, la requérante expose qu'après l'ouverture des offres, aucune modification ne peut être apportée à l'offre d'un soumissionnaire et que le principe d'intangibilité des offres, qui prévaut en cas d'attribution basée sur le critère du prix, est consacré à l'article 34, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité, lequel précise qu'en dehors d'une rectification des erreurs dans les opérations arithmétiques et des erreurs purement matérielles, aucune modification des offres ne peut avoir lieu.

Elle fait valoir que par son courrier du 7 novembre 2018, la commune de Flémalle a, en réalité, invité la société COLAS à modifier son offre. Elle souligne à cet égard qu'après avoir constaté que les largeurs de tranchées proposées étaient inférieures aux impositions du cahier des charges type (C.C.T.) "Qualiroutes", la commune a demandé à la société COLAS de "corriger ses justificatifs" et que "ce ne sont pas les justificatifs de prix qui sont, en tant que tels, remis en cause par le pouvoir adjudicateur, mais ces justificatifs en tant qu'ils font apparaître une non-conformité de l'offre de la SA COLAS avec les documents du marché", de sorte que la procédure de contrôle des prix a été utilisée en vue de corriger l'offre de la société COLAS, ce qui n'est pas permis.

Elle ajoute qu'il ressort de la décision d'attribution du 21 décembre 2018 qu'à la suite du constat de la non-conformité de son offre, la société COLAS a indiqué que "les travaux seront exécutés selon les dispositions du cahier des charges et au cahier des charges type Qualiroutes, tout en conserva[nt] le prix initial de son offre (notes manuscrites)". Elle en déduit que la commune fait ainsi l'aveu de ce que la société COLAS a effectivement modifié son offre après ouverture, l'offre modifiée comprenant des largeurs de tranchées différentes et prévoyant une autre méthode d'exécution. Elle soutient qu'une telle modification de l'offre d'un soumissionnaire après ouverture est prohibée par la réglementation sur les marchés publics et entraîne une violation du principe d'égalité entre soumissionnaires et que l'offre modifiée de la SA COLAS ne pouvait donc pas être retenue.

B. La note d'observations

La partie adverse fait valoir ce qui suit:

- " La partie requérante fait valoir que la Commune de Flémalle aurait invité, par son envoi du 7 novembre 2018, la S.A. COLAS à modifier son offre ;
La Commune de Flémalle demande si, pour le prix remis, la S.A. COLAS est susceptible de respecter la disposition du cahier spécial des charges imposant le respect des normes Qualiroutes;
Quelque part, en posant cette question, la Commune de Flémalle ne demande pas de corriger l'offre puisque celle-ci reste strictement la même, c'est-à-dire non conditionnée et au même prix, mais demande si pour le prix remis, le CSC sera bien respecté.
La justification de prix donnée par la S.A. COLAS doit rester ou non acceptable quelle que soit la méthode d'exécution mise en œuvre;
Cette mise en œuvre, par nature, ne pourra être choisie qu'au moment où les travaux commenceront à être réalisés;
C'est seulement et à ce moment seulement que la S.A. COLAS pourra solliciter la possibilité de déroger au Qualiroutes ou non;
L'intérêt de la question du 7 novembre 2018 était, pour la Commune de Flémalle, de savoir si quelle que soit l'hypothèse retenue au moment de l'exécution, soit accord ou non du Fonctionnaire dirigeant, les travaux pourraient de toute façon être assumés pour le prix remis;
La partie adverse insistait sur cette justification car elle estimait probable un refus du Fonctionnaire dirigeant sur la dérogation.
L'offre, non seulement n'était pas irrégulière au moment où elle a été déposée mais en outre, elle n'a pas été modifiée;
La partie requérante l'admet elle-même lorsqu'elle indique au point 31 de sa requête:
«(...) l'offre modifiée comprenant des largeurs de tranchées différentes et prévoyant une autre méthode d'exécution.»;
Prévoir une autre méthode d'exécution relève, non pas de l'examen de la régularité des offres, mais précisément de l'exécution du chantier;
Il est possible pour toute entreprise de choisir elle-même sa méthode d'exécution pour autant que le cahier spécial des charges soit respecté ;
Rien ne laisse apparaître dans l'offre originale de la S.A. COLAS qu'elle n'allait pas respecter le cahier spécial des charges;
Rien ne l'empêchait de calculer son prix en tenant compte ou non de l'accord ou du refus du Fonctionnaire dirigeant ;
Toute la question est de savoir si, quelle que soit l'hypothèse choisie, ce prix restait ou non normal ;

Quoi qu'il en soit, il n'y a pas de modification de l'offre ;
Il y a calcul d'un prix sur base de deux méthodes d'exécution possibles, à choisir au moment de l'exécution ;
La deuxième branche du premier moyen n'est à tout le moins pas sérieuse".

C. La requête en intervention

L'intervenante conteste l'intérêt au moyen en sa deuxième branche. Elle fait valoir que si cette branche était déclarée fondée, l'offre de la requérante devrait également être déclarée irrégulière. Elle expose qu'il apparaît du courrier du 22 septembre 2018 que, pour le poste 326, "la partie requérante n'avait pas prévu de groupe électrogène, ni de pompe, ni de blindages (obligatoires selon le cahier spécial des charges et le CCT Qualiroutes), ni d'endoscopies (obligatoires selon le cahier spécial des charges)", et que, pour les postes 353 et 354, "la partie requérante n'avait pas prévu de pompage, alors que le cahier spécial des charges et le CCT Qualiroutes imposent de travailler en fouille parfaitement asséchée" et que la requérante "a manifestement modifié son offre en indiquant ultérieurement qu'elle pouvait utiliser les outils non prévus au départ sans modifier son prix, dans la mesure où elle «possède le matériel en question et que la possession de matériel amorti est une justification suffisante». Elle soutient que si le Conseil d'État devait suspendre l'exécution de l'acte attaqué sur la base de la critique formulée par la requérante, l'offre de cette dernière devrait être déclarée irrégulière du fait d'irrégularités comparables.

Elle fait ensuite valoir ce qui suit:

- " 33. Est considéré comme une offre, l'engagement du soumissionnaire d'exécuter le marché sur la base des documents du marché et aux conditions qu'il présente. Il peut toutefois être admis que l'offre finalement retenue par le pouvoir adjudicateur ne corresponde pas intégralement à la totalité des exigences techniques décrites au cahier spécial des charges. Ces dérogations pouvant être acceptées dans la mesure où elle ne porte pas atteinte à l'objet même du marché, à peine de fausser toute concurrence réelle et de permettre l'exercice d'un pouvoir qui de discrétionnaire devient arbitraire. La réglementation des marchés publics prévoit également que l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse peut être déterminée par le prix conformément à l'article 81 de la loi du 17 juin 2016. La détermination des critères se fait en fonction de l'objet du marché. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution.
34. En l'espèce, le seul critère retenu pour l'attribution du marché était bien le prix. La partie adverse a souhaité, compte tenu de l'objet du marché, attribuer ce dernier à l'offre dite la plus intéressante c'est-à-dire l'offre qui proposera le prix le plus bas. Au demeurant, l'objet du marché, pour ce qui concerne les postes litigieux, n'est pas de creuser des tranchées, mais de poser des canalisations de différents diamètres, ce qui nécessite de creuser une tranchée qui sera ultérieurement remblayée. Il s'impose donc de constater que l'intention de la partie adverse était de voir réaliser ces travaux à un prix déterminé. L'interrogation de la partie adverse sur la

méthode d'exécution de certains postes de la partie intervenante n'avait pour objectif que d'être certaine que le prix proposé demeurerait inchangé au cours de l'exécution du marché si la partie intervenante n'obtenait pas les dérogations du fonctionnaire dirigeant.

La volonté de la partie adverse, comme tout pouvoir adjudicateur, c'est de voir réaliser les travaux envisagés au moindre coût, c'est-à-dire dans le cadre d'une gestion saine de ses finances publiques. Le mode d'exécution, surtout en adjudication, ne devient qu'un accessoire.

En effet, la décomposition du coût de chaque poste n'est utile pour le pouvoir adjudicateur pour s'assurer d'une bonne exécution du marché compte tenu des prix proposés par le soumissionnaire dont les prix pourraient paraître a priori anormaux. Ainsi, les devoirs imposés à l'administration lors de l'examen des soumissions ne relèvent pas de la protection des intérêts économiques des entrepreneurs ou de la protection de la concurrence économique, mais de l'intérêt général et de l'administration en particulier, à voir les travaux exécutés conformément aux conditions du marché.

35. Il est inexact de soutenir que la partie intervenante aurait modifié son offre après ouverture.

Force est de constater que l'offre est toujours restée identique : pour un prix identique, les travaux faisant l'objet du marché sont réalisés dans les mêmes délais. Ainsi qu'indiqué dans le courrier du 7 novembre 2018 (pièce 9), la partie intervenante a été invitée à corriger non pas son offre, mais «(sa) justification afin que (la partie adverse) puisse juger du caractère normal ou non de (ses) prix».

Or, il n'apparaît pas, *prima facie*, que l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 interdise de modifier une justification de prix.

En tout état de cause, l'argument de la requérante manque en fait.

36. Au surplus, on soulignera dans l'appréciation d'une irrégularité que le pouvoir adjudicateur doit respecter le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

À cet égard, il n'est pas anodin de rappeler que lorsque les spécifications techniques n'auraient pas été respectées par un soumissionnaire, ce qui conduirait à ce que son offre ne soit pas prise en considération, il ne se justifierait pas que la violation de spécifications autres, mais voisines par la société qui fonde sa critique sur le non-respect de ces spécifications, soit traitée différemment (et tenue pour elle anodine).

En l'espèce, on observera que la requérante a également été interrogée sur des points similaires dans la mesure où, les questions posées étaient relatives à sa méthode d'exécution (voir *supra*, point 32). Il ressort de la décision d'attribution du 21 décembre 2018 que:

Cependant, il peut être précisé que les détails des calculs des postes 326, 353 et 354 posaient question. À savoir qu'ils faisaient apparaître la non utilisation de certains outils pourtant indispensables à la méthode proposée.

Les justifications apportées par la requérante ont permis à la partie adverse de conclure que l'offre n'avait pas été modifiée et le prix proposé n'était pas anormal au regard des explications.

Les offres de la requérante et de la partie intervenante ont donc été qualifiées de régulières".

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Par un courrier du 22 septembre 2018, se fondant sur l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, la partie adverse demande à la société COLAS de lui faire parvenir, à propos des postes 324 à 328 et 330, notamment ce qui suit:

" Justification du calcul des largeurs des tranchées. Les largeurs de tranchées théorique semblent insuffisantes".

La partie intervenante répond à cette demande par un courrier du 26 octobre 2018.

Par un courrier du 7 novembre 2018, la partie adverse interroge à nouveau la société COLAS "en vue d'obtenir des informations complémentaires dans le cadre de la vérification des prix". Elle écrit notamment ce qui suit:

" La justification des postes 324 à 328 et 330 se base sur des largeurs de tranchées inférieures aux impositions du Qualiroutes, ce qui est de nature à empêcher la réalisation d'un travail correct. Les impositions du Qualiroutes et du CSC devant être strictement respectées, comme vous vous y êtes engagés par le dépôt de votre soumission, nous vous invitons à corriger votre justification afin que nous puissions juger du caractère normal ou non de vos prix".

Dans la motivation de l'acte attaqué, il n'est pas contesté que les largeurs de tranchées mentionnées dans l'offre de la société COLAS ne respectent pas les prescriptions du cahier spécial des charges, lequel fait référence au cahier des charges-type, dit "Qualiroutes". Il y est toutefois précisé que si la société COLAS n'obtient pas l'autorisation de creuser ses tranchées comme elle l'envisageait, leurs dimensions étant vues comme relevant du mode d'exécution, "la SA COLAS répond le 8/11/2018 que les travaux seront exécutés selon les dispositions du cahier des charges type Qualiroutes, tout en conservant le prix initial de l'offre (notes manuscrites)."

Au terme de l'examen auquel il peut être procédé en extrême urgence, il semble devoir être considéré qu'en admettant cette justification, la partie adverse a en réalité accepté que la société COLAS corrige son offre après l'ouverture des offres, non sur le prix mais bien sur la nature des prestations qu'elle s'engage à accomplir et que, ce faisant, elle a méconnu le principe de l'égalité entre les soumissionnaires.

C'est en vain que l'intervenante conteste l'intérêt de la requérante à cette branche du moyen, pour le motif que si sa critique était retenue, son offre devrait également être déclarée irrégulière du fait de violations qu'elle soutient être comparables. En effet, en la présente procédure, l'offre de la requérante a été déclarée régulière et si une nouvelle procédure était lancée, il ne peut être préjugé ni de l'offre que déposerait la requérante ni de l'appréciation que la partie adverse porterait sur sa régularité.

Le moyen est sérieux en sa deuxième branche. Il n'y a donc pas lieu, au stade de la procédure en référé d'extrême urgence, d'examiner les deux autres branches du premier moyen ainsi que le second moyen.

VII. Confidentialité

La partie requérante en intervention sollicite la confidentialité de son offre et de certains échanges de courriers qu'elle annexe en pièces 2, 5, 8, 10 à sa requête.

La partie adverse sollicite la confidentialité des trois offres et de certains échanges de courriers qu'elle dépose au dossier administratif (pièces 7, 9, 11, 13, 15, 16.1, 16.2, 16.3 et 17).

Ces pièces n'étant pas essentielles à la solution du présent litige, il y a lieu d'en maintenir, à ce stade de la procédure, la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

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

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du collège communal de Flémalle du 21 décembre 2018 attribuant le marché public de travaux pour la revitalisation de Flémalle-Centre (partie 1 – aménagement des voiries) à la société anonyme COLAS BELGIUM.

Article 3.

Les pièces 7, 9, 11, 13, 15, 16.1, 16.2, 16.3 et 17 du dossier administratif, ainsi que les pièces 2, 5, 8, 10 du dossier de la requête en intervention, sont – à ce stade de la procédure – tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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 huit mars deux mille dix-neuf par :

M.	Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.