CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

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

A R R ÊT

n^o^ 244.037 du 27 mars 2019

A. 227.585/VI-21.438

En cause : **la société anonyme AXO**,

ayant élu domicile chez
M^e^ François LIBERT, avocat,
avenue Emile De Mot 19
1000 Bruxelles,

contre :

la Province de Hainaut,

ayant élu domicile chez
M^es^ Patrick THIEL et
Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 8 mars 2019, la société anonyme AXO demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du Collège du Conseil Provincial du Hainaut du 17 décembre 2018 de ne pas retenir son offre, dans le cadre d'un marché public de service consistant en un «reconditionnement du chauffage — UREBA — SAINT-GHISLAIN— Haute Ecole Provinciale de Hainaut Condorcet — Catégorie Arts Appliqués», et d'attribuer ledit marché à la SA ENVISYS".

II. Procédure

Par une ordonnance du 11 mars 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 mars 2019 à 10 heures.

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.

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

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

M^e^ Laura DELSAUX, *loco* M^e^ François LIBERT, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits utiles

Le 12 octobre 2018 est paru au Bulletin des adjudications un avis relatif à un marché de travaux pour le reconditionnement du chauffage - UREBA de la Haute École de Hainaut CONDORCET.

L'avis de marché précise qu'il s'agit d'une procédure ouverte, que le marché sera attribué en fonction uniquement du prix et que l'ouverture des offres se déroulera le 20 novembre 2018 à 9 heures.

Six offres dont celle de la requérante et celle de la société anonyme ENVISYS ont été déposées. Selon le procès-verbal d'ouverture des offres, l'offre de la requérante était la moins chère tandis que l'offre de la société anonyme ENVISYS était classée quatrième.

Le rapport d'analyse des offres propose d'attribuer le marché à la société anonyme ENVISYS. Ce rapport comporte le passage qui suit :

" Correction des erreurs arithmétique et matérielle

Article 34 – A.R. du 18 avril 2017

Lors de la vérification des prix, l'adjudicateur constate que l'entreprise ENVISYS a renseigné pour le poste «12.1.2 tuyauteries sanitaires multicouches DN20» un prix unitaire anormalement haut (1.904,40 €/m) par rapport à la moyenne des offres (26,30 €/m).

Dans ce cas et suivant l'Article 34 § 2, l'adjudicateur doit rechercher l'intention du soumissionnaire :

Attendu que le prix analysé fait partie d'une liste de postes qui se suivent et dont les prix unitaires sont croissants, l'intention du soumissionnaire est claire : le prix devrait être compris dans l'intervalle des deux prix extrêmes soit entre 23,00 € (12.1.1. tuyauteries sanitaires multicouches DN15) et 59,80 € (12.1.3 tuyauteries sanitaires multicouches DN40).

Or, le prix unitaire est 1.904,40 €, l'adjudicateur en déduit donc que le soumissionnaire a commis une erreur matérielle et décide de recalculer le prix du soumissionnaire sur base de la moyenne des offres sélectionnées et de le corriger à 26,30 €.
Calcul moyenne des offres du poste 12.1.2 : (25,76+29,28+23,86)/3=26,30 €

Ce faisant, l'offre de la SA Envisys est ramenée à la somme globale de 533.999,90 € HTVA.

Classement des offres après rectification (par ordre croissant)
1. SA ENVISYS de 7012 Jemappes à 533.999,90 € HTVA
2. AXO SA de 1082 Berchem-Ste-Agathe à 550.769,88 € HTVA
3. CFA de 7503 Froyennes à 557.707,58 € HTVA
4. SA THERSA de 7700 Mouscron à 568.807,91 € HTVA
5. SA SOTRELCO de 7110 Strépy-Bracquegnies à 600.713,40 € HTVA
6. SPRL CELSIUS HVAC de 7440 Pecq à 631.253,08 € HTVA".

Le 20 décembre 2018, le Collège provincial de Hainaut a décidé d'attribuer le marché à la société anonyme ENVISYS. Il s'agit de l'acte attaqué qui a été communiqué à la requérante par un courrier daté du 21 février 2019.

Par un courrier daté du 18 février 2019, la Région wallonne a indiqué à la partie adverse que cette décision "n'appelle aucune mesure de tutelle et est devenue pleinement exécutoire".

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

A. Demande de suspension

La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de motivation interne, des articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe général de droit "*patere legem quam ipse fecisti*", de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des principes de bonne administration, de l'erreur de fait, de l'erreur manifeste d'appréciation ainsi que de l'excès de pouvoir.

Elle développe son moyen de la manière suivante :

" Première branche

En ce que la décision attaquée désigne comme adjudicataire du marché public de services en question, la SA ENVISYS, après avoir unilatéralement modifié le prix global de son offre, sans appliquer la procédure de vérification prévue pour les prix anormaux;

Alors que l'article 36 de l'arrêté prévue aux articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 dispose que :

« 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. […]
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 […]
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.»;

Que les principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution prohibent qu'il soit fait, sans justification admissible, des différences de traitement entre personnes ou catégories de personnes se trouvant dans des situations comparables ; que si une différence de traitement est établie entre des catégories de personnes comparables, elle doit reposer sur un critère objectif et être raisonnablement justifiée (M. BANNEUX, «L'égalité: clef du contentieux constitutionnel ?», in M. PÂQUES et J-C. SCHOLSEM, L'égalité: nouvelle(s) clef(s) du droit ?, CUP, vol.73, Larcier, 2004, p.10);

Que le principe général de droit *Patere legem quam ipse fecisti* implique que l'administration ne puisse déroger, par une décision particulière à un règlement qu'elle a elle-même antérieurement édicté et qui ne prévoit pas une telle possibilité de dérogation (C.E., 27 septembre 1988, n° 30876, De Leener et Ballon; P. GOFFAUX, Dictionnaire de droit administratif, Bruylant, 2016, p.453);

Que le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter les principes d'égalité et de transparence, ainsi que les règles qu'il s'est lui-même fixées au travers de l'avis de marché et du cahier spécial des charges (D. Batselé, B. Heuninckx, L. Mayaux, et A. Yerna, «Chapitre II - La négociation» in Réussir ses marchés publics spécifiques, Larcier, 2016, pp.319-320);

Qu'en l'espèce, le seul critère d'attribution du marché concernait le prix total de l'offre par le soumissionnaire sélectionné, comme cela fut repris dans l'avis de marché du 18 octobre 2018 ; qu'un classement provisoire avait été établi après ouverture, dans lequel la requérante était située en première position;

Que, dans sa candidature, la SA ENVISYS a soumis une offre d'un montant global de 580.322,40 € HTVA;

Que, constatant un prix unitaire anormalement haut pour le poste «12.1.2.» lors de la vérification des prix, la partie adverse n'a pas appliqué la procédure prévue aux articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, mais, au contraire, a décidé d'appliquer l'article 34 dudit arrêté, prévoyant la correction des erreurs arithmétiques et matérielles;

Qu'une telle correction a eu pour conséquences que la SA ENVISYS est passée en tête du classement et que le marché public lui a été attribué;

Que, pourtant, les articles 35 et 36 de l'arrêté royal précité sont clairs concernant la procédure à suivre en cas de prix anormalement bas ou élevés; que la partie adverse aurait dû inviter le soumissionnaire concerné à fournir les justifications écrites sur ce prix anormalement élevé;

Que la partie adverse aurait dès lors dû, soit constater l'absence de caractère anormal du prix et partant, de conserver le prix initial de l'offre de la SA ENVISYS, soit écarter l'offre en raison de cette irrégularité substantielle;

Qu'en toute hypothèse, le marché n'aurait pas dû être attribué à la SA ENVISYS;

Qu'il est étonnant de constater que la partie adverse ait fait application de la procédure prévue pour les prix anormalement élevés ou bas, et ait interrogé la SA ENVISYS sur toute une série d'autres postes de prix unitaires, mais qu'elle n'a pas jugé utile de le faire pour le seul poste qu'elle reconnait explicitement comme étant anormalement élevé, à savoir le poste 12.1.2. tuyauteries sanitaires multicouches DN20;

Que le pouvoir adjudicateur, en n'interrogeant pas le soumissionnaire sur ce prix anormalement élevé et en n'écartant pas cette offre, conformément à l'article 36, § 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, favorise la SA ENVISYS, et partant, rompt le principe d'égalité entre les soumissionnaires;

Qu'en outre, le pouvoir adjudicateur fait erronément utilisation de la possibilité prévue à l'article 34 dudit arrêté, de corriger les erreurs arithmétiques et matérielles;

Que, si le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge de manœuvre dans la correction des erreurs arithmétiques et matérielles, cette possibilité doit être interprétée strictement, dans la mesure où elle fait figure de dérogation au principe d'intangibilité des offres après leur dépôt; qu'une erreur dont la rectification impose au pouvoir adjudicateur de se livrer à des supputations ne peut être considérée comme une erreur purement matérielle (C.E. 6 novembre 2018, n° 242.845, http://www.raadvst-consetat.be/arr.php?nr=242845&l=fr);

Qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur s'est livré à des supputations en recalculant arbitrairement, et sur la base d'aucun indice ou information contenu dans l'offre litigieuse, le prix de ce poste anormalement élevé;

Que de telles supputations impliquent qu'il ne s'agit pas d'une erreur matérielle pouvant être corrigée par le pouvoir adjudicateur;

Que la partie adverse a dès lors contrevenu au principe de l'intangibilité des offres et de l'égalité entre les soumissionnaires;

Seconde branche

En ce que la décision attaquée attribue à la société ENVISYS le marché public en question, sans qu'une comparaison des offres ait été valablement effectuée et sans que le choix de «rectifier» le prix global de l'offre de la SA ENVISYS ne soit formellement motivé, de manière suffisante et adéquate;

Alors que les dispositions invoquées au moyen imposent que le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur;

Que la législation sur la motivation formelle des actes administratifs impose d'indiquer, dans l'acte, les motifs de droit et de fait permettant au destinataire d'un acte administratif de comprendre les raisons qui ont conduit l'administration à adopter l'acte en question et, par voie de conséquence, lui permettre de mieux apprécier la légalité et la pertinence de cette décision et donc aussi l'opportunité de le contester en justice (P. GOFFAUX, op.cit., p. 387; C.E., 26 juin 1996, n° 60.526, Messens; 29 juin 2001, n° 97.319, s.a. Rousseaux);

Que, de manière générale, plus la compétence de l'administration est discrétionnaire, plus la motivation devra en règle être précise et justifier les différentes étapes du raisonnement de l'autorité (C.E., 6 février 2006, n° 154.549, s.a. C.N.I.M.);

Qu'en l'espèce, l'acte attaqué repose sur une comparaison erronée des soumissions, en ce qu'il se fonde sur une correction arbitraire d'un des postes de l'offre retenue ; qu'en particulier, l'acte attaqué n'expose pas les raisons, sinon par de vagues formules stéréotypées, qui ont amené la partie adverse à considérer que le poste «12.1.2» ne constituait pas un prix anormalement élevé et qu'il s'agissait d'une erreur matérielle;

Qu'il est étrange d'observer que la partie adverse constate, dans l'acte attaqué, «pour le poste «12.1.2. tuyauteries sanitaires multicouches DN20» un prix anormalement haut (1.904,40 €/m) par rapport à la moyenne des offres (26,30 €/m)»;

Que, malgré cette constatation, la partie adverse n'a pas appliqué la procédure prévue pour les prix anormalement élevés ou bas, mais a décidé de procéder à la correction de ce qu'elle qualifie d'«erreur matérielle»;

Que la partie adverse n'expose nullement les raisons qui l'ont conduite à ne pas appliquer la procédure pour les prix anormaux; qu'elle n'expose pas plus en quoi un tel prix ne serait pas anormal;

Que la partie adverse se borne, erronément, soutenir que «dans ce cas et suivant l'article 34 § 2, l'adjudicateur doit rechercher l'intention du soumissionnaire : Attendu que le prix analysé fait partie d'une liste de postes qui se suivent et dont les prix unitaires sont croissants, l'intention du soumissionnaire est claire : le prix devrait être compris dans l'intervalle des deux prix extrêmes soit entre 23,00 € (12.1.1. tuyauteries sanitaires multicouches DN15) et 59,80 € (12.1.3. tuyauteries sanitaires multicouches DN40)»;

Qu'une telle motivation n'est pas suffisante en l'espèce; que la partie adverse ne peut uniquement se baser sur l'existence d'une liste pour déterminer qu'il s'agirait d'une erreur matérielle;

Qu'en outre, le pouvoir adjudicateur n'expose en rien les raisons pour lesquelles il n'a demandé aucune explication au soumissionnaire concerné, particulièrement dans la mesure où cette correction a eu pour effet de lui attribuer le marché public concerné;

Qu'enfin, la partie adverse n'expose pas plus pourquoi il faudrait recalculer le prix du soumissionnaire sur base de la moyenne des offres sélectionnées;

Qu'eu égard à ces éléments, la partie requérante ne peut pas comprendre les raisons qui ont amené la partie adverse à modifier l'offre de la SA ENVISYS et, par conséquent, à ne pas retenir son offre".

B. Note d'observations

La partie adverse répond ce qui suit :

" […] Irrecevabilité du moyen unique

[…] La partie requérante conteste la correction de l'erreur matérielle par la partie adverse fondée sur l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, sans toutefois fonder son moyen sur la violation de cette disposition.

Dans ses développements, la partie requérante n'explique pas davantage cette disposition et la violation dont elle aurait fait l'objet.

Or, le moyen unique se fonde principalement sur la correction effectuée par la partie adverse dans le cadre de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. La partie requérante reproche en substance à la partie adverse d'avoir méconnu cette disposition.

En ce qu'il se fonderait sur la violation de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le moyen doit par conséquent être déclaré irrecevable à défaut d'avoir été visé par la partie requérante.

[…] Réfutation de la première branche relative à la correction de l'erreur matérielle

[…] L'article 34, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques se lit comme suit :

« § 2. Le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, sans que sa responsabilité ne soit engagée pour les erreurs qui n'auraient pas été décelées.
Afin de rectifier les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles relevées par lui dans les offres, le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre dans sa globalité et en comparant celle-ci aux autres offres ainsi qu'aux prix courants. S'il s'avère que suite à cette analyse de l'offre, cette intention n'est pas suffisamment claire, le pouvoir adjudicateur peut, dans le délai qu'il détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier, et ce, sans préjudice de la possibilité de négocier lorsque la procédure le permet.
Lorsque, dans ce dernier cas, aucune précision n'est donnée ou que le pouvoir adjudicateur estime que la précision est inacceptable, il rectifie les erreurs en fonction de ses propres constatations. Si cela ne s'avère pas possible, le pouvoir adjudicateur peut soit décider que les prix unitaires sont d'application, soit décider d'écarter l'offre comme irrégulière.

§ 3. Lorsque le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs directement dans les offres, il conserve une version originale des offres et veille à ce que les rectifications soient identifiables tout en maintenant visibles les données originales».

En vertu de cette disposition, le pouvoir adjudicateur peut rectifier les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres.

[…] L'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité n'indique cependant pas ce qu'il convient d'entendre par une erreur matérielle.

L'erreur matérielle doit raisonnablement s'entendre comme celle qui a manifestement pour effet d'aboutir à un résultat contraire à celui qu'entendait poursuivre le soumissionnaire.

Pour parvenir à cette conclusion, il faut que l'erreur soit telle que sa réalité ne prête pas à discussion [...].

Il a été jugé qu'un décalage dans l'encodage des prix de certains postes, lequel résulte à la lecture des documents du métré, d'un «décalage» entre le numéro d'article du métré du soumissionnaire et le métré du pouvoir adjudicateur est une erreur matérielle[…]. Une erreur de frappe ou une erreur de calcul peut être considérée comme une erreur matérielle.

[…] Dans le cadre de l'analyse des offres, la partie averse a constaté une erreur matérielle concernant le poste 12.1.2. «Tuyauteries sanitaires DN 20» dans le métré du soumissionnaire ENVISYS.

[…] Le poste 12.1.2. est un poste à quantité présumée, au mètre. Une quantité de 25 est prévue.

Pour ce poste, le soumissionnaire ENVISYS a proposé un prix unitaire de 1.904,40 euros.

D'emblée, la partie adverse a constaté qu'il s'agissait là d'une erreur matérielle. Un tel prix est impossible pour une tuyauterie de ce type.

[…] Face à une erreur matérielle, l'article 34 précité indique que «le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre dans sa globalité et en comparant celle-ci aux autres offres ainsi qu'aux prix courants.» Ce que la partie adverse a fait.

Cette erreur matérielle a en effet été confirmée :
- par les prix du marché : il est flagrant qu'un tel prix est disproportionné pour de la tuyauterie ;
- en comparant le prix du poste avec la moyenne des prix des autres soumissionnaires pour ce poste: cette moyenne s'élève à 26,30 euros ;
- par les prix pratiqués par le soumissionnaire ENVISYS pour les tuyauteries du même type, mais d'un gabarit différent.
  - En effet, les articles 12.1 concernent tous des tuyauteries multicouches, mais avec un «DN» différent. Le «DN» concerne le diamètre nominal du tube, c'est-à-dire son diamètre.
  - Pour les diamètres DN 15, DN 40 et DN 50, le soumissionnaire ENVISYS a proposé des prix unitaires conformes au prix du marché et aux offres des autres soumissionnaires.
  - Or, il est impensable que le soumissionnaire ENVISYS propose un prix si élevé pour un diamètre moindre. À titre d'exemple, le prix unitaire pour le DN 20 du poste litigieux indiqué par le soumissionnaire ENVISYS dans son offre s'élève à 30 fois le prix unitaire qu'il a indiqué pour le DN40. Or, par nature, le DN 40 doit être plus cher puisque plus de matériel est utilisé, le tuyau ayant un gabarit plus important.

Ces différents éléments ont confirmé que le soumissionnaire ENVISYS a commis une erreur purement matérielle. Il ne faisait dès lors aucun doute pour le pouvoir adjudicateur que le prix de 1.904,40 euros pour un tel poste ne peut résulter que d'une erreur purement matérielle.

[…] Face à une telle erreur, il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur

d'interroger d'emblée les soumissionnaires sur ce poste, en arguant du fait qu'il serait apparemment anormalement haut, comme le soutient la partie requérante.

[…] La rectification des erreurs matérielles est une opération qui précède la vérification des prix, comme le prévoit expressément l'article 33 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 :

« Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36».

Si certes, une telle erreur peut être décelée dans le cadre de la vérification des prix, la réglementation n'impose pas au pouvoir adjudicateur, confronté à une erreur matérielle, d'enclencher la procédure d'examen des prix anormaux.

La partie adverse n'a donc pas commis d'erreur en procédant comme elle l'a fait.

Il ne lui appartenait dès lors pas d'interroger le soumissionnaire ENVISYS. Le poste litigieux ne portait pas sur un prix apparemment anormal au sens strict du terme, mais constituait de manière évidente une erreur matérielle. Les développements de la partie requérante quant aux prix anormaux et aux articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 sont donc sans pertinence.

[…] Pour rectifier l'erreur matérielle, la partie adverse a tenu compte, d'une part, de l'intention du soumissionnaire ENVISYS en prenant en considération les prix pour les autres DN, et d'autre part des prix unitaires des autres compétiteurs.

Elle a alors procédé comme suit :

- Il est raisonnable de considérer que le prix remis pour le DN 20 doit se situer entre celui remis pour le DN 15 (23 euros) et celui pour le DN 40 (59,80 euros);
- Pour ne pas avantager le soumissionnaire dans cette rectification, la partie adverse a procédé à la correction en se fondant sur la moyenne des prix des autres compétiteurs pour ce poste, pour assurer l'égalité de traitement sur la base de données objectives […].

Ce faisant, elle a corrigé le poste au prix unitaire de 26.30 euros. Ce montant correspond à la moyenne des prix unitaires des autres soumissionnaires et se situe précisément entre le prix remis par la S.A. ENVISYS pour le diamètre inférieur (DN 15 à 23 euros) et celui remis pour le diamètre supérieur (DN 40 à 59,80 euros).

[…] Il résulte de ce qui précède que la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en procédant à la correction de l'erreur matérielle, sans enclencher la procédure des prix anormaux.

La première branche du moyen unique n'est donc pas sérieuse.

[…]

[…] Réfutation de la seconde branche relative à la motivation

[…] Comme il l'a été démontré dans le cadre de l'examen de la première branche, face à une erreur matérielle, la partie adverse n'était donc pas tenue d'enclencher la vérification des prix anormaux ni d'interroger le soumissionnaire en particulier sur ces prix.

Pour rappel, la réglementation prévoit expressément que ce n'est qu'en cas de soupçon de prix anormaux ensuite de cette analyse de vérification sur la base de

l'article 35 précité que la partie adverse devait mettre en œuvre l'article 36 du même arrêté[…].

Telle n'a pas été l'appréciation de la partie adverse en l'espèce, dans la mesure où le poste litigieux constituait une erreur matérielle (article 34) et nullement un prix anormal. Et la réglementation impose de rectifier les erreurs matérielles avant de procéder à l'examen de la normalité des prix (article 36), conformément à l'article 33 de l'arrêté royal, même si une telle erreur a pu être décelée à l'occasion de la vérification des prix (article 35).

[…] La partie adverse n'a donc pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en procédant à la correction de l'erreur matérielle sans enclencher la procédure des prix anormaux pour le poste litigieux.

Il convient de relever, que dans le cadre de la correction d'une erreur matérielle, la partie adverse n'était pas obligée d'interroger le soumissionnaire ENVISYS, contrairement à ce que soutient la partie adverse.

[…] Dans sa requête, la partie requérante prétend ne pas comprendre la motivation de l'acte attaqué et considère que celle-ci n'est pas adéquate.

Or, par la critique que la partie requérante développe dans sa requête, elle démontre avoir compris la motivation de l'acte attaqué.

[…] En outre, elle n'explique pas en quoi un défaut de motivation de l'acte attaqué lui aurait porté préjudice.

[…] Il est à noter que la motivation est particulièrement étayée. Elle se lit comme il suit :

«

Correction des erreurs arithmétique et matérielle

Article 34 – A.R. du 18 avril 2017

Lors de la vérification des prix, l'adjudicateur constate que l'entreprise Envisys a renseigné pour le poste « 12.1.2 tuyauteries sanitaires multicouches DN20 » un prix unitaire anormalement haut (1.904,40€/m) par rapport à la moyenne des offres (26.30€/m).

Dans ce cas et suivant l'Article 34 §2, l'adjudicateur doit rechercher l'intention du soumissionnaire :

Attendu que le prix analysé fait partie d'une liste de postes qui se suivent et dont les prix unitaires sont croissants, l'intention du soumissionnaire est claire : le prix devrait être compris dans l'intervalle des deux prix extrêmes soit entre 23,00 € (12.1.1.tuyauteries sanitaires multicouches DN15) et 59,80 € (12.1.3 tuyauteries sanitaires multicouches DN40).

Or, le prix unitaire est 1.904,40 €, l'adjudicateur en déduit donc que le soumissionnaire a commis une erreur matérielle et décide de recalculer le prix du soumissionnaire sur base de la moyenne des offres sélectionnées et de le corriger à 26,30 €.
Calcul moyenne des offres du poste 12.1.2 : (25,76+29,28+23,86)/3=26,30€

Ce faisant, l'offre de la SA Envisys est ramenée à la somme globale de 533.999,90 € HTVA.

».

L'acte attaqué est dès lors correctement et adéquatement motivé, car il renseigne la base légale (article 34) et le raisonnement qui a sous-tendu la correction de l'erreur matérielle. Il ne pourrait s'agir d'une motivation stéréotypée comme le soutient la partie requérante, alors même que la partie adverse se fonde expressément sur l'analyse des offres des soumissionnaires.

Le seul fait que la partie adverse ait mentionné, dans sa motivation, «un prix unitaire anormalement haut», ne permet pas de considérer que la motivation serait inadéquate.

La partie adverse entendait ainsi mettre l'accent sur le caractère disproportionné du prix unitaire du poste qui lui est apparu à l'occasion de l'analyse des métrés, tout en indiquant de manière expresse que la correction se faisait sur la base de l'article 34 de l'arrêté royal relatif à l'erreur matérielle. Dans ce cadre, la partie adverse a déduit l'intention réelle du soumissionnaire, en comparant le poste litigieux aux postes de son métré pour les tuyaux de gabarits différents et aux prix des postes des autres compétiteurs.

[…] Il convient également de rappeler que l'obligation de motivation formelle du pouvoir adjudicateur n'est pas illimitée. Ainsi, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'exposer les motifs de ses motifs.

En expliquant son raisonnement et la base légale, la partie adverse a adéquatement et suffisamment motivé l'acte attaqué.

[…] Enfin, concernant la critique émise par la partie requérante quant à l'inadéquation de la motivation retenue par la partie adverse au regard de la vérification des prix, il y a lieu de rappeler la jurisprudence constante de Votre Conseil réaffirmée récemment comme suit dans Votre Arrêt n° 241.714 rendu le 5 juin 2018 (Servitex) :

« S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans sa motivation pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix».

En l'espèce, il ressort des documents du marché que la partie adverse a respecté l'article 33 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

La partie adverse a procédé à la correction des erreurs matérielles et a vérifié les prix proposés par les opérateurs économiques, en ce compris le soumissionnaire ENVISYS. Ce dernier a par ailleurs été interrogé, pour la complétude de l'analyse, quand bien même les prix des postes étaient négligeables, car représentant moins de 1% du montant total de l'offre [...].

Il n'a pas été interrogé concernant le poste litigieux, car celui-ci relevant clairement d'une erreur matérielle et devait être appréhendé sur la base de l'article 34 précité".

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Recevabilité du moyen

S'il est exact que la requérante ne vise formellement pas, dans l'énoncé des dispositions et principes dont la violation est invoquée, l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le développement de son moyen reproche notamment à la partie adverse d'avoir erronément fait utilisation de la possibilité prévue par "l'article 34 dudit arrêté", soutient qu'il ne s'agissait pas d'une erreur matérielle et que le pouvoir adjudicateur a recalculé le prix de ce poste "arbitrairement, et sur la base d'aucun indice ou information contenu dans l'offre litigieuse" (première branche) et qu'en tout état de cause, l'acte attaqué ne motive pas à suffisance la conclusion qu'il s'agissait d'une

erreur matérielle et n'expose pas "pourquoi il faudrait recalculer le prix du soumissionnaire sur base de la moyenne des offres sélectionnées" (seconde branche).

Le moyen invoque, dès lors, bien également – comme la partie adverse pouvait aisément le comprendre – une violation de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité même si cette disposition n'est pas citée dans l'énoncé des dispositions et principes dont la violation est invoquée et figurant en page 4 de la demande de suspension. Le moyen est, en conséquence, également recevable en tant qu'il invoque une violation de cet article.

B. Fondement du moyen

L'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité dispose comme suit :

" § 1er. Le pouvoir adjudicateur rectifie les offres en fonction des erreurs dans les opérations arithmétiques ainsi que des erreurs purement matérielles relevées par lui ou par un soumissionnaire dans les documents du marché.

§ 2. Le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, sans que sa responsabilité ne soit engagée pour les erreurs qui n'auraient pas été décelées.
Afin de rectifier les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles relevées par lui dans les offres, le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre dans sa globalité et en comparant celle-ci aux autres offres ainsi qu'aux prix courants. S'il s'avère que suite à cette analyse de l'offre, cette intention n'est pas suffisamment claire, le pouvoir adjudicateur peut, dans le délai qu'il détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier et ce, sans préjudice de la possibilité de négocier lorsque la procédure le permet.
Lorsque, dans ce dernier cas, aucune précision n'est donnée ou que le pouvoir adjudicateur estime que la précision est inacceptable, il rectifie les erreurs en fonction de ses propres constatations. Si cela ne s'avère pas possible, le pouvoir adjudicateur peut soit décider que les prix unitaires sont d'application, soit décider d'écarter l'offre comme irrégulière.

§ 3. Lorsque le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs directement dans les offres, il conserve une version originale des offres et veille à ce que les rectifications soient identifiables tout en maintenant visibles les données originales".

Si l'article 34 n'indique pas ce qu'il convient d'entendre par une erreur purement matérielle, il se déduit de l'obligation de rechercher l'intention réelle du soumissionnaire comme de l'interdiction de modifier l'offre que l'erreur matérielle doit s'entendre comme celle qui a manifestement pour effet d'aboutir à un résultat différent de celui qu'entendait poursuivre le soumissionnaire et dont la réalité ne peut prêter à discussion. Par ailleurs et dès lors que la possibilité laissée au pouvoir adjudicateur de corriger les "erreurs purement matérielles" fait figure de dérogation au principe d'intangibilité des offres après leur dépôt, elle doit être interprétée strictement. De plus, la correction d'une erreur purement matérielle implique que le

pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire pour le poste ayant fait l'objet de l'erreur.

En l'espèce, la partie adverse a qualifié d'erreur purement matérielle le prix unitaire de la société anonyme ENVISYS pour le poste 12.1.2 et a estimé que l'intention de ce soumissionnaire était de le fixer à un prix se situant entre celui proposé pour le poste 12.1.1 et celui pour le poste 12.1.3.

Au regard de la structure de l'offre de la société anonyme ENVISYS et des prix unitaires des offres des autres soumissionnaires tels qu'ils sont mentionnés dans le tableau comparatif des prix figurant en pièce 11 du dossier administratif, la partie adverse n'a *prima facie* commis aucune erreur manifeste d'appréciation en estimant que l'intention de ce soumissionnaire était de fixer pour ce poste un prix unitaire situé entre ces deux autres prix unitaires. Ce raisonnement exclut, toutefois, que l'erreur constatée par la partie adverse résulte d'une multiplication erronée du prix unitaire par la quantité mentionnée dans le métré pour ce poste ou qu'elle résulte d'un mauvais placement de la virgule indiquant les décimales, le prix se situant alors, dans ces deux hypothèses, en dehors de l'écart ainsi défini par le pouvoir adjudicateur.

Aucun autre élément figurant dans le dossier administratif ou mentionné dans l'acte attaqué ne permet, par contre, de déterminer plus clairement quelle était l'intention réelle du soumissionnaire pour ce poste. Plus particulièrement, rien ne permet d'établir que cette intention réelle était de proposer un prix unitaire égal à la moyenne des prix des autres soumissionnaires pour ce poste.

À supposer dès lors même que l'erreur relevée par le pouvoir adjudicateur puisse être qualifiée d'erreur purement matérielle, la partie adverse n'établit pas que la correction qu'elle a apporté à ce prix unitaire correspond clairement à l'intention réelle de ce soumissionnaire.

Le moyen unique est, dans cette mesure, sérieux.

V. Balance des intérêts

La partie adverse 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.

VI. Confidentialité

La partie adverse déclare déposer à titre confidentiel les offres de la partie requérante et de l'attributaire du marché, les échanges relatifs au contrôle des prix qu'elle a eus avec ce dernier ainsi que le tableau comparatif des prix de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit des pièces 8 à 11 du dossier administratif.

Dès lors que ces pièces peuvent contenir des éléments susceptibles de relever du secret des affaires et que leur divulgation 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 1er.

La suspension de l'exécution de la décision de la Province de Hainaut du 20 décembre 2018 attribuant à la société anonyme ENVISYS le marché relatif au reconditionnement du chauffage - UREBA de la Haute École de Hainaut CONDORCET est ordonnée.

Article 2.

Les pièces 8 à 11 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI[e] chambre siégeant en référé, le vingt-sept mars deux mille dix-neuf par :

M[me]	Nathalie VAN LAER,	conseiller d'État, président f.f.,
M.	Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Nathalie VAN LAER.