

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

A R R Ê T

n° 244.197 du 5 avril 2019

A. 227.620/VI-21.444

En cause : **la société privée à responsabilité limitée ROBERTY,**

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

contre :

la ville de Durbuy,

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 mars 2019, la société privée à responsabilité limitée ROBERTY demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision d'attribution du marché du marché public «PIC 2017-2018 Amélioration des voiries - Petithan» adoptée le 12 décembre 2018 par le Collège communal de la Ville de DURBUY (ci-après : «l'acte attaqué»), partiellement communiquée à la partie requérante par courrier daté au 28 février 2019".

II. Procédure

Par une ordonnance du 15 mars 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 1^{er} avril 2019 à 10 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 Julie BOCKOURT, 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. Exposé des faits utiles

1. Par une délibération de son conseil communal, adoptée le 29 août 2018, la partie adverse décide de lancer un marché de travaux référencé "PIC 2017-2018 Amélioration de voiries – Petihan" (cahier spécial des charges 2016-225).

Le marché est passé selon la procédure ouverte, avec pour unique critère d'attribution le prix offert.

Il ressort de plusieurs pièces du dossier administratif que, dans le cadre de ce marché (et, à tout le moins pour ce qui concerne la procédure de passation de celui-ci) la partie adverse s'est assurée la collaboration d'un auteur de projet – à savoir les Services provinciaux techniques – infrastructures routières et cours d'eau de la Province de Luxembourg – ce qui semble notamment recouvrir l'établissement du cahier spécial des charges, l'examen des offres (et notamment des prix et des justifications de ceux-ci) et la rédaction du rapport d'examen des offres.

2. Cinq offres ont été déposées, dont celles de la requérante et de la société anonyme MATHIEU.

3. Par un courrier du 27 novembre 2018, les services de la partie adverse ont, sur invitation de l'auteur de projet, adressé à la société MATHIEU une demande de justification de prix, portant sur le montant global de l'offre déposée par cette société, d'une part, et sur certains prix unitaires (postes 53, 140 et 292), d'autre part.

4. Par un courrier du 3 décembre 2018, la société MATHIEU répond à la demande de justification de prix qui lui avait été adressée. Les extraits suivants de ce courrier sont reproduits par la note d'observations :

" 1- Justification du montant global de notre offre :
Le niveau relativement bas de notre offre peut s'expliquer du fait notamment de notre expérience certaine pour ce type de travaux. En effet, nous avons de nombreuses références pour des travaux similaires, et plus singulièrement, la réalisation de chantiers sur la commune de Durbuy; «Petithan – Dégâts gel – PIC phase 1 – Aménagement de la rue des Zones», «Petithan – Evacuation des eaux de la rue des Zones», etc...
Pour rappel, nous disposons depuis très longtemps, de l'agrément en catégorie C classe 6.
De plus, la conjoncture actuelle en travaux publics implique une diminution générale du montant des offres, dans le but de pouvoir obtenir certaines de celles-ci.
Et enfin, la localisation de ce chantier est proche de nos installations (carrières, centrales à béton, sites «SA et CTA» pour l'évacuation des déchets).

2- Justificatif détaillé des montants des postes suivants :

Postes concernés : 53, 140 et 292.

Pour ce faire, vous pouvez consulter les documents suivants repris en annexe :

- calculs détaillés des postes concernés,
 - tableau récapitulatif des marges (frais généraux et bénéfices) appliqués par catégories de ressources,
 - tableaux prix de revient / prix de vente,
 - offre sous-traitant pour le poste 292.
- celle-ci reprend uniquement le prix unitaire par poste et non détaillé, son impact financier reste très faible par rapport au montant total de notre offre, nous considérons également que ce sont des travaux courant avec un niveau de prix bien connu par les diverses parties. Si vous le jugez utile, un détail de ce prix unitaire pourra vous être fourni par après".

5. Le rapport d'examen des offres établi par l'auteur de projet :

- constate que les 5 offres répondent aux exigences du droit d'accès et de la sélection qualitative,
- constate que les 5 offres sont régulières, en indiquant notamment, s'agissant de la vérification des prix :

"

Examen des prix unitaires et totaux anormaux

CALCUL PRIX GLOBAUX ANORMAUX (HTVA)

Le montant de chaque offre est comparé à la moyenne des offres reçues.

Calcul prix d'offre moyen sur base de :

* Offre la plus basse NON comprise

* Offre la plus élevée non comprise

* Ecart maximal : 15,00%

* Prix anormalement ÉLEVÉS et BAS

Soit une MOYENNE de € 1.057.493,53

Soit un MINIMUM de € 898.869,50

Soit un MAXIMUM de € 1.216.117,56

Les prix globaux anormaux suivants ont été constatés :

- Offre n°5 de MATHIEU SA

Prix total de l'offre HTVA : € 803.353,27 (écart : - 24,03%)

CALCUL PRIX UNITAIRES ANORMAUX (HTVA)

Calcul PU moyen sur base de :

- * PU le plus bas inclus
- * PU le plus élevé inclus
- * Uniquement les postes avec une estimation / PU correspondant à plus de 5% de l'estimation / prix total ont été contrôlés.
- * Ecart maximal : 15,00%
- * Prix anormalement ÉLEVÉS et BAS

Les PU anormaux suivants ont été constatés :

- Offre n°5 de MATHIEU SA

* Poste 53 - F2651* - F.3.1.1. : Sous-fondation de type granulaire, type 4, épaisseur : E = 35 cm :

PU offre : € 8,11 (moyenne : € 10,71; écart : - 24,28%)

* Poste 140 - D9450 - D.2. : Mise en site autorisé de déchets traités de terres, sables et pierres naturelles en mélange

Code wallon des déchets : 17.05.04

Terres et cailloux autres que 17.05.03 :

PU offre : € 5,49 (moyenne : € 12,16; écart : - 54,86%)

* Poste 292 - G1221 - G.1. : Revêtement en béton de ciment discontinu, monocouche, pour couche de roulement, épaisseur E = 160mm :

PU offre : € 23,90 (moyenne : € 34,79; écart : - 31,30%)

Conclusion de l'examen de la régularité des offres

Les offres suivantes sont considérées comme régulières (les irrégularités éventuelles sont non-substantielles):

N°	Nom	Motivation
1	DEUMER SA	En ordre
2	WILLEMEN INFRA SA	En ordre
3	Les entreprises Melin SA	En ordre
4	Roberty SPRL	En ordre
5	MATHIEU SA	En ordre après approbation de la justification des prix unitaires anormalement bas et du montant global anormal de l'offre (voir annexe). En effet, à la date du 27/11/2018 l'entreprise a été interrogée, par recommandé, pour expliquer et motiver les prix unitaires des postes 53, 140 et 292 anormalement bas ainsi que du montant global anormal de l'offre. Celle-ci a répondu dans le délai des 12 jours.

- et conclut :

5. Comparaison des offres et proposition d'attribution

Classement final des offres régulières (classées d'après le prix tvac)

N°	Nom	Prix HTVA*	Prix TVAC*
5	MATHIEU SA	€ 803.353,27	€ 972.057,46
4	Roberty SPRL	€ 939.080,55	€ 1.136.287,47
1	DEUMER SA	€ 995.009,51	€ 1.203.961,51
2	WILLEMEN INFRA SA	€ 1.238.390,53	€ 1.498.452,54
3	Les entreprises Melin SA	€ 1.278.889,08	€ 1.547.455,79

* Montants contrôlés

L'auteur de projet a bien procédé à la vérification des prix.

6. Le 12 décembre 2018, le collège communal de la partie adverse fait sien le rapport d'analyse des offres de l'auteur de projet et attribue le marché litigieux à la société MATHIEU.

Cette délibération constitue l'acte attaqué par le présent recours.

IV. Moyen unique – Première branche

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, "pris de la violation de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; 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; des articles 33 et suivants (dont 36) de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs; 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; du principe d'égalité des soumissionnaires, de transparence et du principe de motivation interne des actes administratifs; des principes de bonne administration et de minutie, et d'exercice effectif du pouvoir d'appréciation; de la commission d'erreurs manifestes d'appréciation; du principe de motivation formelle et matérielle; et, du permis unique octroyé à la SPRL CARRIERE DE PREALLE en date du 13 novembre 2015 (N° D3100/83012/RGPED/2014/6EVR/mcc - PU & G0510/83012/PU3/2014.5 Cl1-JPS/jps)", "en ce que [...] la décision attaquée attribue le marché à la SA MATHIEU sans que la Ville de DURBUY ne procède à une vérification effective des prix; alors même que l'offre remise par la SA MATHIEU était manifestement entachée d'irrégularités substantielles en raison de plusieurs anomalies affectant le prix remis; et, que en conséquence, la décision attaquée : n'est pas correctement motivée". Elle articule ce moyen en cinq branches, dont la première est exposée et développée dans les termes suivants :

" B.1.a. Première branche : absence de vérification effective de la normalité du prix

6. L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics énonce que :

« Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le Roi peut prévoir des exceptions à la vérification des prix ou des coûts pour les marchés fixés par Lui. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification».

Les articles 33 et suivants de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques traitent de la vérification des prix.

En vertu de ces dispositions, il doit ressortir de la décision d'attribution ou du dossier administratif que le pouvoir adjudicateur a procédé à une réelle vérification des prix énoncés dans les offres retenues.

Une telle vérification constitue une obligation légale essentielle notamment par le fait que le prix constitue un élément essentiel de l'offre.

Dès lors, si le pouvoir adjudicateur ne procède pas à une telle vérification des prix, l'acte attaqué ainsi que sa motivation doivent être déclarés irréguliers.

7. L'acte attaqué est motivé par renvoi et référence au Rapport d'examen des offres.

Au stade de l'examen de la régularité des offres, le Rapport d'examen renvoie lui-même à une «annexe» (p. 4).

« Conclusion de l'examen de la régularité des offres

Les offres suivantes sont considérées comme régulières (les irrégularités éventuelles sont non-substantielles) :

N°	Nom	Motivation
1	DEUMER SA	En ordre
2	WILLEMEN INFRA SA	En ordre
3	Les entreprises Melin SA	En ordre
4	Roberty SPRL	En ordre
5	MATHIEU SA	En ordre Après approbation de la justification des prix unitaires anormalement bas et du montant global anormal de l'offre (voir annexe). En effet, à la date du 27/11/2018 l'entreprise a été interrogée, par recommandé, pour expliquer et motiver les prix unitaires des postes 53, 140 et 292 anormalement bas ainsi que du montant global anormal de l'offre. Celle-ci a répondu dans le délai des 12 jours.

».

Or, lorsque la Ville de DURBUY a été sollicitée par le conseil de la requérante [...] en vue d'obtenir le Rapport d'examen des offres, le Rapport d'examen des offres a été communiqué mais l'annexe y évoquée était manquante [...].

Ceci indique que la Ville de DURBUY ne dispose pas de ladite annexe et n'en a jamais pris connaissance.

Ce faisant, le Collège communal n'a jamais pu exercer de manière effective son pouvoir d'appréciation sur la décision d'attribution du marché.

Partant, l'article 84 de la loi du 17 juin 2016, ainsi que les articles 33 et suivants de l'arrêté royal du 18 avril 2017, les principes de bonne administration, de minutie, et d'exercice effectif du pouvoir d'appréciation ont été violés.

8. L'absence d'exercice effectif du pouvoir d'appréciation de la Ville de DURBUY sur la décision est encore confirmée par la formulation du Rapport d'examen des offres.

La SA MATHIEU a été interrogée sur les anormalités qui caractérisent son offre.

Selon la formulation du Rapport d'examen des offres, les justifications de la SA MATHIEU ont été «approuvées» au seul motif qu'elles ont été fournies dans les temps : l'approbation des justifications est exclusivement motivée («en effet») au regard du fait que l'entreprise a répondu dans les 12 jours.

Dès lors, ni la Ville de DURBUY (qui n'a pas pris connaissance de l'Annexe évoquée dans le Rapport d'examen des offres), ni l'auteur de projet qui a rédigé le Rapport d'examen des offres, n'ont exercé une appréciation critique des justifications formulées par la SA MATHIEU.

Partant, l'article 84 de la loi du 17 juin 2016, ainsi que les articles 33 et suivants de l'arrêté royal du 18 avril 2017, les principes de bonne administration, de minutie, et d'exercice effectif du pouvoir d'appréciation ont été violés.

9. À titre surabondant, la partie requérante se référera ici à la jurisprudence du Conseil d'État n° 241.409 du 7 mai 2018, Société de transport en commun de Charleroi. On y lit :

« Dans le Rapport d'analyse des offres, qui est présenté comme partie intégrante de l'acte attaqué, mais n'a été déposé qu'à titre confidentiel de sorte que la requérante n'a pu en prendre connaissance, la partie adverse déclare certes que, lors de la vérification des prix, aucun d'entre eux, qui paraîtrait anormal, n'a été détecté.

Ce même Rapport d'analyse des offres ne contient toutefois aucun élément qui attesterait l'effectivité de cette vérification des prix, et ce alors que, face à des écarts importants entre les prix de plusieurs offres, la partie adverse ne pouvait vérifier les prix et conclure à leur normalité sans procéder à des investigations dont aurait nécessairement dû rendre compte le Rapport d'analyse des offres.

À défaut de telles indications, l'effectivité d'une vérification des prix ne peut être établie à suffisance, de sorte que le deuxième moyen doit être déclaré sérieux.» [...].

Un raisonnement similaire doit être appliqué en l'espèce : à défaut d'établir l'effectivité des vérifications de prix à suffisance et l'examen concret et effectif des justifications formulées par la SA MATHIEU, la décision attaquée est illégale".

B. Note d'observations

En réponse à la première branche du premier moyen, la partie adverse fait valoir ce qui suit:

" 11. La requérante se fonde sur un postulat erroné pour développer cette première branche de son moyen : elle suppose que, n'ayant pas elle-même reçu l'annexe au rapport d'examen des offres, cette annexe n'a jamais été en mains de la Ville de DURBUY qui n'en aurait jamais pris connaissance.

Le rapport d'examen des offres indique que, sur le plan de la régularité, l'offre de la SA MATHIEU est :

« En ordre après approbation de la justification des prix unitaires anormalement bas et du montant global anormal de l'offre (voir annexe). En effet, à la date du 27/11/2018 l'entreprise a été interrogée par recommandé pour expliquer et motiver les prix unitaires des postes 53, 140 et 292 anormalement bas ainsi que du montant global anormal de l'offre. Celle-ci a répondu dans un délai de 12 jours».

L'annexe évoquée par la requérante est, ainsi que cela ressort du rapport, la justification des prix adressée par la société MATHIEU.

La Ville ayant interrogé la société MATHIEU dans le cadre du contrôle des prix, c'est à la Ville de DURBUY que la société MATHIEU a adressé ses justificatifs.

La Ville en a donc bien eu connaissance.

Le fait que ces justificatifs n'aient pas été communiqués à la requérante en annexe au rapport d'examen des offres n'est qu'une application de l'article 10 de la loi du 17 juin 2013 permettant de ne pas communiquer certains renseignements lorsque leur divulgation risquerait de porter préjudice au secret des affaires et à une concurrence loyale.

12. La formulation du rapport d'examen des offres ne permet pas davantage de soutenir que les justificatifs n'auraient été approuvés que parce qu'ils avaient le mérite d'avoir été adressés en temps et en heure.

L'auteur de projet constate qu'une demande a été faite et que la société MATHIEU y a répondu dans les délais. Il constate également avoir approuvé les justifications ainsi fournies.

Il n'y a pas d'équivoque à cet égard quant au fait que le respect des délais par le soumissionnaire n'est pas la cause de l'approbation des justifications, effectivement transmises par la Ville qui les a réceptionnées à l'auteur de projet par email du 6 décembre 2018.

L'auteur de projet confirme d'ailleurs au point 5 de son rapport avoir «bien procédé à la vérification des prix», ce qui implique nécessairement l'examen et la validation des justifications transmises par la SA MATHIEU".

IV.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Au titre de la première branche, le moyen reproche, en substance, à la partie adverse de n'avoir pas procédé à l'examen concret et effectif des justifications de prix soumises par la société MATHIEU, de sorte que l'acte attaqué est entaché d'illégalité.

Parmi les principes et dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, figurent les articles 33 et suivants de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. L'article 36 de cet arrêté est libellé comme suit :

- " § 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° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
- 2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
- 3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
- 4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lors de l'examen des prix ou des coûts visé à l'alinéa 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.

§ 4. Dans le cas d'un marché de travaux ou d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude passé par procédure ouverte ou restreinte et dont l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix et

pour autant qu'au moins quatre offres aient été prises en considération conformément aux alinéas 3 et 4, le pouvoir adjudicateur effectue un examen des prix ou des coûts conformément aux paragraphes 2 et 3, pour toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires. Il en va de même, pour les marchés de travaux et les marchés de services dans un secteur sensible à la fraude passés par procédure ouverte ou restreinte, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée sur la base du meilleur rapport qualité-prix lorsque le poids du critère relatif au prix représente au moins cinquante pour cent du poids total des critères d'attribution. Toutefois, dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans les documents du marché un pourcentage plus élevé que quinze pour cent.

La moyenne des montants se calcule de la manière suivante :

1° lorsque le nombre des offres est égal ou supérieur à sept, en excluant à la fois l'offre la plus basse et les offres les plus élevées formant un quart de l'ensemble des offres déposées. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart est arrondi à l'unité supérieure;

2° lorsque le nombre d'offres est inférieur à sept, en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée.

Le calcul de la moyenne des montants se fonde sur toutes les offres des soumissionnaires sélectionnés. En ce qui concerne la procédure ouverte, ce calcul peut également se faire sur la base des offres des soumissionnaires provisoirement sélectionnés conformément à l'article 75.

Néanmoins, dans le cadre de ce calcul, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas tenir compte des offres manifestement irrégulières.

Les documents du marché peuvent rendre le présent paragraphe applicable aux marchés de fournitures ou de services non visés à l'article 2, 13°, passés en procédure ouverte ou restreinte et pour lesquels l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée uniquement sur la base du prix.

§ 5. Lorsque l'offre présentée dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services est écartée sur la base d'un prix ou d'un coût anormal, le pouvoir adjudicateur en informe immédiatement l'auditeur général de l'Autorité belge de Concurrence. Cette communication contient au moins les informations suivantes : les données d'identification des soumissionnaires concernés, l'objet du marché, ainsi que le prix ou le coût anormalement bas ou élevé.

Lorsque l'offre est dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services rejetée suite à la constatation qu'elle est anormalement basse parce qu'elle ne satisfait pas aux obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique immédiatement au Service d'information et de recherche sociale en indiquant les informations mentionnées à l'alinéa 1^{er}.

Lorsque l'offre dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services est rejetée suite à la constatation qu'elle est anormalement basse du fait d'une aide d'Etat non compatible avec le marché intérieur, le pouvoir adjudicateur en avertit immédiatement la Commission européenne. Une copie de cette communication est également envoyée immédiatement au point de contact mentionné à l'article 163, § 2, de la loi.

Lorsqu'une offre faite dans le cadre d'un marché public de travaux est rejetée sur base du caractère anormalement bas du prix ou du coût, la Commission d'agrément des entrepreneurs en est informée immédiatement.

§ 6. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le présent article n'est applicable ni à la procédure concurrentielle avec négociation, ni à la procédure négociée directe avec publication préalable, ni à la procédure négociée sans publication préalable pour autant qu'il s'agisse d'un marché de fournitures ou de services dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne ou d'un marché de travaux dont le montant estimé est inférieur à 500.000 euros".

Il ressort notamment de cet article 36 que les justifications de prix fournies par un soumissionnaire à la demande du pouvoir adjudicateur sont soumises à l'appréciation de celui-ci, laquelle appréciation suppose – notamment pour l'application de l'article 36, § 3 – un examen concret et effectif de ces justifications. La réalité et l'effectivité de cet examen doivent ressortir à suffisance de la décision d'attribution du marché ou, à tout le moins, du dossier administratif.

Lorsque – comme tel apparaît, *prima facie*, être le cas en l'espèce – le pouvoir adjudicateur confie certaines opérations – telles celles qui ressortissent à l'examen des justifications de prix – à un auteur de projet, il ne peut – sans méconnaître l'obligation d'examen effectif qui lui incombe en vertu de l'article 36 précité – se borner à faire sien un rapport d'examen des offres établi par cet auteur de projet et qui ne permettrait pas d'établir que celui-ci a effectivement procédé à l'examen requis.

Aux termes de l'acte attaqué en la présente cause, la partie adverse déclare approuver le rapport d'examen des offres établi par l'auteur de projet et considérer ce rapport comme partie intégrante de la délibération du 12 décembre 2018. Ce rapport contient – en son point 4 ("Analyse de la régularité des offres des soumissionnaires sélectionnés"), et pour ce qui se rapporte à la régularité de l'offre de la société MATHIEU – la mention suivante :

" En ordre après approbation de la justification des prix unitaires anormalement bas et du montant global anormal de l'offre (voir annexe). En effet, à la date du 27/11/2018 l'entreprise a été interrogée par recommandé, pour expliquer et motiver les prix unitaires des postes 53, 140 et 292 anormalement bas ainsi que du montant global anormal de l'offre. Celle-ci a répondu dans un délai des 12 jours".

Au point 5 ("Comparaison des offres et proposition d'attribution") du même rapport, figure la mention "l'auteur de projet a bien procédé à la vérification des prix".

À la lecture de l'extrait ci-dessus reproduit du rapport d'examen des offres, la requérante semble – comme elle l'a souligné à l'audience – avoir compris que l'"annexe" ainsi visée pouvait être une annexe d'évaluation des justifications établie par un service compétent. À supposer – comme le soutient la partie adverse dans sa note d'observations – que cette "annexe" est plutôt le courrier du 3 décembre 2018 adressé par la société MATHIEU en réponse à la demande de justification de prix qui lui avait été adressée (courrier dont la partie adverse et son auteur de projet auraient donc eu connaissance, contrairement à ce que supposait la requérante), force est de constater qu'à lui seul, un tel courrier n'atteste en rien la réalité et l'effectivité d'un examen des éléments de justification qu'il contient.

Par ailleurs, compte tenu de ce qu'elle figure au point 5 du rapport d'examen des offres, et non au point 4 – qui traite pourtant de la régularité des offres, notamment au regard des prix offerts – il n'est pas permis, dans le cadre de la présente procédure en extrême urgence, de déterminer si l'affirmation aux termes de laquelle "l'auteur de projet a bien procédé à la vérification des prix" ne constitue qu'une clause de style ou peut se voir reconnaître quelque portée plus utile. Toujours dans le même ordre d'idées, la référence à une "approbation de la justification des prix unitaires anormalement bas et du montant global anormal de l'offre" contenue dans l'extrait ci-dessus reproduit ne révèle rien quant au fait que cette approbation a, ou non, été précédée de l'examen requis.

Enfin, et plus généralement, il s'impose de constater que les pièces de la procédure ne contiennent aucun élément qui permettrait d'attester l'effectivité de l'examen des justifications de prix soumises par la société MATHIEU, auquel la partie adverse était tenue de procéder.

Au vu de ce qui précède, il est sans intérêt de déterminer si le fait que la société MATHIEU a remis ses justifications dans le délai qui lui était imparti a pu avoir quelque incidence sur l'approbation de ces justifications.

Il s'ensuit que le premier moyen doit, dans ces circonstances et tel que permet d'en décider un examen effectué en extrême urgence, être déclaré sérieux en sa première branche.

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 requérante dépose à titre confidentiel le métré récapitulatif de son offre, identifié comme étant la pièce 3 de son dossier. Elle demande, par ailleurs, que soit maintenue la confidentialité de son offre si celle-ci est déposée par la partie adverse.

La partie adverse dépose à titre confidentiel les pièces 15 à 20 du dossier administratif, ces pièces étant les cinq offres déposées (pièces 15 à 19) et le courrier de la société MATHIEU, adressé le 3 décembre 2018 en réponse à l'invitation à justifier certains prix (pièce 20).

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

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

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision d'attribuer à la société MATHIEU le marché public "PIC 2017-2018 Amélioration des voiries - Petithan" adoptée le 12 décembre 2018 par le Collège communal de la Ville de DURBUY est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La pièce 3 du dossier de la requérante et les pièces 15 à 20 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le cinq avril 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.