

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 248.086 du 28 juillet 2020

A. 231.230/VI-21.803

En cause : **la société anonyme DEUMER,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Emmanuelle BERTRAND et Julie NEVEU, avocats,
avenue de L'Observatoire 10
4000 Liège,

contre :

le Ville de Virton,
ayant élu domicile chez
M^{es} Marie VASTMAN et Marie SCULIER, avocats,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite par envoi recommandé le 10 juillet 2020, la S.A. DEUMER demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision adoptée par la partie adverse en date du 23 janvier 2020 d'attribuer le marché public de travaux relatif à la rénovation de la place Nestor Outer, cahier spécial des charges 15-011F, à la SPRL ROBERTY et, en conséquence de ne pas attribuer le marché, à la requérante ».

II. Procédure

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 ordonnance du 10 juillet 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 24 juillet 2020.

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

M. Yves Houyet, président de chambre, a fait rapport.

M^e Jean-Luc Teheux, *loco* M^{es} Emmanuelle Bertrand et Julie Neveu, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Marie Sculier, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Élisabeth Willemart, 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. Faits

Le 1^{er} août 2019, la partie adverse a décidé d'entamer une procédure de marché public de travaux ayant pour objet la « Rénovation de la place Nestor Outer ».

Trois soumissionnaires ont déposé une offre, dont la requérante.

Le 21 novembre 2019, la partie adverse a mis fin à la procédure en cours et a engagé une nouvelle procédure avec négociation le 27 novembre 2019.

Deux soumissionnaires ont déposé une offre, dont la requérante.

Le 23 janvier 2020, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché concerné à la SPRL ROBERTY. Il s'agit de l'acte attaqué, qui a été notifié à la requérante le 25 juin 2020.

IV. Recevabilité de la demande de suspension d'extrême urgence

La demande de demande de suspension d'extrême urgence est recevable.

V. Premier moyen (première branche)

Thèses des parties

La requérante prend un premier moyen de « la violation : des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de

fournitures et de services ; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ; de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative au marché public ainsi que des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence ; de l'article 84 de la loi du 27 juin 2016, des articles 35 et 36 de l'AR du 18 avril 2017 ; du principe de bonne administration et de son corollaire le devoir de minutie ; de la commission par la partie adverse d'une erreur manifeste d'appréciation ».

Dans une première branche, la requérante soutient que « (...) dans le cadre de la procédure concurrentielle avec négociation, il apparaît que l'offre déposée par la SPRL ROBERTY s'élevait à 1.921.435 € HTVA. Après négociations, cette offre a été ramenée à un montant de 1.904.578,18 € HTVA. Or, tant la décision querellée que le complément au rapport du 5 novembre 2019 (pages 28 et suivantes de la pièces 4) ne motive nullement la raison pour laquelle le montant total de cette dernière offre de la SPRL ROBERTY a été jugé "normal"/régulier alors que l'offre initiale d'un montant sensiblement identique soit 1.861.036 € HTVA (majoration de 6 % non comprise – soit 1.972.698 € HTVA) a, quant à elle, été écartée en raison de son montant anormal et de son inacceptabilité. Un tel manquement contrevient aux obligations de motivation formelle et matérielle contenues dans les dispositions visées au moyen (...) dès lors que ce premier et, au demeurant, unique examen des offres débouchait à l'anormalité du prix de l'offre de la SPRL ROBERTY, il ne peut, sans examen complémentaire, être désormais admis que l'offre de ce soumissionnaire présente un prix normal. Ce faisant, l'acte attaqué repose sur un raisonnement parfaitement contradictoire et est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation. A ce sujet, en présence d'un prix d'ores et déjà jugé comme anormal dans une première procédure, il appartenait à tous le moins à la partie adverse d'interroger à nouveau la SPRL ROBERTY, ayant déposé dans la seconde procédure une offre d'un montant sensiblement identique et non de considérer purement et simplement son offre comme régulière. (...) Dès lors que la partie adverse avait relevé le caractère anormal du montant de l'offre de la SPRL ROBERTY ainsi que de 8 postes du métré complété par cette dernière, ceux-ci étant supérieurs ou inférieurs à ceux du marché, elle se devait de l'interroger, et d'éventuellement écarter son offre dans la mesure où elle n'aurait pas jugé les justificatifs fournis admissibles ».

La partie adverse répond, au sujet de la première branche, qu'il « résulte du rapport complémentaire d'examen des offres du 17 décembre 2019 que la partie adverse a procédé à la vérification des prix, conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 », qu'« après avoir procédé à cette vérification des prix, la partie adverse a considéré que l'offre déposée par l'attributaire pressenti dans le cadre de la seconde procédure ne présentait aucun prix apparemment anormalement

bas ou haut en se fondant également sur la vérification des prix réalisée dans le cadre de la première procédure (pièce n° 18, p. 34) », que « s'il s'avère exact que la partie adverse a décidé, dans le cadre de la première procédure, d'interroger l'attributaire pressenti afin de lui demander de fournir des justifications de prix pour certains postes, force est de constater que ce dernier a revu, dans le cadre de la seconde procédure, le prix des postes concernés sur la base des conclusions figurant dans le rapport d'examen des offres du 5 novembre 2019 », qu'« (...) après avoir constaté que l'attributaire pressenti a adapté le prix des postes susvisés sur la base des conclusions figurant dans le rapport d'examen des offres du 5 novembre 2019, la partie adverse a légalement pu décider que lesdits postes ne présentaient aucun caractère anormal de sorte qu'il n'y avait pas lieu de l'interroger sur la base de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 », que « dans la mesure où aucun prix apparemment anormal n'a été détecté, la décision par laquelle la partie adverse a considéré que l'offre de l'attributaire pressenti était régulière ne devait pas faire l'objet d'une motivation spéciale », que « la partie adverse pouvait se contenter de faire référence, dans le rapport complémentaire d'examen des offres du 17 décembre 2019, à la vérification des prix réalisée dans le cadre de la première procédure – dont l'attributaire pressenti a tenu compte pour fixer ses prix dans le cadre de la seconde procédure –, pour motiver sa décision de déclarer l'offre de ce soumissionnaire régulière », que « l'attributaire pressenti a revu le prix total de son offre à la baisse dans le cadre de la seconde procédure en offrant notamment une remise générale significative de 4 % sur la totalité du prix », que « pour apprécier correctement la différence entre les offres déposées successivement dans les deux procédures, comme le fait la requérante - ce qui n'a du reste qu'une pertinence relative puisque toutes les offres déposées dans le cadre de la procédure initiale - ont été écartées en raison de prix anormalement bas et/ou élevés, il convient de neutraliser les erreurs matérielles et arithmétiques contenues dans la première offre et rectifiées en cours de négociation », que « l'offre déposée par l'attributaire pressenti du marché dans le cadre de la première procédure était en réalité de 1.972.698,80 EUR HTVA + 123.000 EUR HTVA (correspondant à la rectification d'une erreur matérielle et mathématique sur les quantités du poste 1.6.2.2.1 de la phase 2), soit un total de 2.095.698,80 EUR HTVA à comparer avec le prix de la seconde offre de 1.904.578,18 EUR HTVA (après application des ristournes et après rectification des mêmes erreurs arithmétiques et purement matérielles) », que « la différence objective et réelle, à prendre en considération du point de vue de l'adjudicateur, entre l'offre de départ et l'offre retenue n'est pas de 40.000€ comme le prétend la requérante, mais bien de 2.095.698,80 EUR HTVA - 1.904.578,18 EUR HTVA, soit 191.120,62 EUR HTVA ou 231.255,95 EUR TVAC », que « dans le cadre de la première procédure, l'offre de l'attributaire pressenti a été écartée au vu, notamment, du caractère anormalement haut de son prix total, comme le démontre le rapport d'examen des offres du 5 novembre 2019 (pièce n° 10, p 22) », qu'« (...) après avoir constaté que

l'attributaire pressenti a remis un prix plus bas dans le cadre de la seconde procédure, la partie adverse a légalement pu décider que le montant total de son offre ne présentait aucun caractère anormal de sorte qu'il n'y avait pas lieu de l'interroger », que « dans la mesure où aucun prix apparemment anormal n'a été détecté, la décision par laquelle la partie adverse a considéré que l'offre de l'attributaire pressenti était régulière ne devait pas faire l'objet d'une motivation spéciale », que « ceci est d'autant plus vrai en l'espèce qu'il s'agissait pour la partie adverse de motiver la raison pour laquelle elle a considéré que le prix total de l'offre de l'attributaire pressenti pouvait être accepté même s'il dépassait l'estimation initiale du montant du marché et que, selon la jurisprudence de Votre Conseil, le pouvoir adjudicateur peut être plus indulgent dans le cadre du contrôle des prix qui paraissent élevés », que « (...) l'objectif de la vérification des prix est différent selon que le prix semble bas ou élevé », que « lorsqu'un prix paraît bas, le but de la vérification des prix est de vérifier si le prix offert permet d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges tant du point de vue technique que du point de vue délai et exclut toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des budgets publics », qu'à « l'inverse, lorsqu'un prix semble élevé, le but de la vérification des prix est de permettre au pouvoir adjudicateur d'écarter des prix fantaisistes qui, dans les faits, fausseraient le jeu normal de concurrence ou rendraient possibles une spéculation de la part des soumissionnaires », que « la partie adverse pouvait se contenter de faire référence, dans le rapport complémentaire d'examen des offres du 17 décembre 2019, à la vérification des prix réalisée dans le cadre de la première procédure – dont l'attributaire a tenu compte pour fixer son prix total dans le cadre de la seconde procédure –, pour motiver sa décision de déclarer l'offre de ce soumissionnaire régulière », que « la requérante ne peut manifestement être suivie lorsqu'elle fait valoir que l'acte attaqué reposerait sur un raisonnement contradictoire et serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation », qu'à « l'inverse, force est de constater qu'aucune motivation spéciale ne devait être prévue concernant la régularité de l'offre de l'attributaire pressenti puisque la partie adverse a estimé que cette offre ne contenait aucun prix apparemment bas ou haut », que « les offres sont présumées régulières, sauf décision contraire et dûment motivée du pouvoir adjudicateur » et que « la requérante ne formule aucune autre critique concernant l'appréciation qui a été faite par la partie adverse de la régularité des offres ».

Appréciation

L'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que le « pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts ». L'article 36, § 1^{er}, du même arrêté prescrit que « (...) 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 (...) ».

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix. Il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif que la partie adverse a bien procédé concrètement à la vérification des prix. En l'espèce, il ne ressort d'aucun élément du dossier administratif, tel qu'il a été déposé, et pas davantage de la décision entreprise, que le pouvoir adjudicateur aurait procédé à une vérification des prix sur la base des dernières offres introduites dans le cadre de la nouvelle procédure, initiée le 27 novembre 2019 et ayant mené à l'adoption de l'acte attaqué.

Dans cette mesure, la première branche du premier moyen est sérieuse.

Les conditions requises par l'article 17, § 1^{er}, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, pour que celui-ci puisse ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, sont réunies.

VI. Confidentialité

Thèses des parties

La requérante sollicite que son offre et ses annexes soient tenues confidentielles à ce stade de la procédure. La partie adverse demande que les pièces A à F du dossier administratif confidentiel qu'elle a produit soient, à ce stade de la procédure, tenues confidentielles.

Appréciation

Il y a lieu de faire droit aux demandes des parties et de maintenir confidentielles, à ce stade de la procédure, les offres soumises à la partie adverse.

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

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision du Collège communal de la Commune de Virton du 23 janvier 2020, attribuant le marché public de travaux relatif à l'aménagement de la place Nestor Outer à la SPRL ROBERTY, est ordonnée.

Article 2.

Les pièces n^{os} 3 et 8 du dossier produit par la partie requérante ainsi que les pièces A à F du dossier administratif confidentiel produit par la partie adverse sont, à ce stade de la procédure, tenues confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, 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 requérante.

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 des vacations siégeant en référé, le 28 juillet 2020 par :

Yves Houyet,
Xavier Dupont,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Xavier Dupont

Yves Houyet