

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VIII^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 249.335 du 24 décembre 2020

A. 232.313/VI-21.918

En cause : **la société anonyme Étude et Techniques
spéciales de Construction (en abrégé ETC),**
ayant élu domicile chez
M^e Jean-Marc RIGAUX, avocat,
boulevard d'Avroy 270
4000 Liège,

contre :

la Régie Communale Autonome de Mettet,
ayant élu domicile chez
M^{es} Christophe THIEBAUT et Jérôme DENAYER, avocats,
chaussée de Marche 458
5101 Erpent

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 novembre 2020, la SA Études et Techniques spéciales de Construction demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision d'attribution à la société [S.] et le refus d'attribution du même marché à la requérante, marché relatif à la rénovation de la piscine à Biesme, lot 2, du [28 septembre 2020], notifiée le 13 novembre 2020 [...] ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 27 novembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 11 décembre 2020.

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 partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Jean-Marc Rigaux, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Jérôme Denayer, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

1. La partie adverse décide d'initier un marché public de travaux portant sur la « rénovation de la piscine à Biesme ». Le 12 mars 2020, l'avis de marché est publié au Journal Officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications.

Le marché public est divisé en quatre lots, dont le lot 2 portant sur « HVAC » comprenant « équipement du chauffage, travaux d'installation sanitaire et travaux d'installation de ventilation ».

Le mode de passation retenu est la procédure ouverte. Pour le lot 2, le prix est l'unique critère d'attribution.

2. Le 29 mai 2020, un avis rectificatif est publié en vue d'apporter des modifications aux plans et aux clauses techniques. À cette occasion, il est notamment décidé de remplacer le poste « 63.21.1x Citerne propane enterrée 9000L » par le poste « 63.21.1x Citerne propane aérienne 9100L ». Par ailleurs, le démantèlement des citernes à mazout existantes est ajouté dans le poste 63.21.1x., qui est désormais précisé comme il suit :

« 63.21.1x Citerne propane aérienne 9100L

Précisé comme il suit :

Vidange et neutralisation des citernes mazout existantes.

Sont compris dans ce poste :

- Le nettoyage en profondeur des cuves
- Le dégazage des cuves
- La découpe

- L'évacuation des déchets

Livraison de la citerne et de ses accessoires

Sont compris dans ce poste :

- Placement de la citerne aérienne
- Placement soupape de sécurité selon les prescriptions réglementaires
- Placement Pré détendeur et limiteur de pression
- Placement du boîtier "seconde détente"
- Raccordement et attestation des tuyauteries extérieures
- Fourniture et placement de la télémetrie (livraisons automatiques)
- Gestion de la télémetrie
- Tous les contrôles légaux par un organisme de contrôle agréé
- Préparation du terrain, fourniture et l'installation des conduites gaz enterrée[s]
- Le raccordement gaz sera prévu depuis la citerne gaz propane située à +/- 55m jusqu'au bâtiment en tuyauterie Polyéthylène HD sous fourreau PVC et comprend la nouvelle tranchée à 1m de profondeur, la protection mécanique de cette tuyauterie, le remblai au sable jaune sur 20cm au-dessus et en dessous du tuyau, le remblai et fermeture de la tranchée »

3. Le 17 juin 2020, sept offres sont déposées pour le lot 2, dont celles de la requérante et de l'attributaire, la société [S.]. L'offre de la requérante est la moins-disante.

4. Le 17 juillet 2020, la partie adverse écrit à la requérante en l'invitant à « justifier (détail matériaux, main-d'œuvre, frais généraux, bénéfice, coût de mise en décharge, ...) le prix unitaire des postes de [son] offre concernant les travaux cités en marge, qui paraissent anormaux et sont repris dans le tableau [figurant en dessous] », en application de l'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

La demande de justifications identifie les postes huit postes suivants : 1, 11, 32, 33, 34, 35, 44 et 59, en y précisant les références et descriptions.

Le courrier indique que les « justifications doivent être précises et porter notamment sur des éléments objectifs tels que notamment :

- ☐ L'économie du procédé de construction;
- ☐ Les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont vous disposez pour exécuter les travaux;
- ☐ L'originalité des travaux que vous proposez; *etc.* »

Il est précisé expressément – en caractères gras dans le texte – qu'« une simple décomposition des prix ou une vague justification ne suffit pas ».

5. Le 7 août 2020, la requérante répond à la partie adverse en lui transmettant ses conditions générales de vente ainsi qu'un tableau justificatif de prix pour les postes concernés.

6. Le 24 août 2020, la partie adverse interroge la société [S.] quant aux prix apparemment anormaux pour les postes 1 et 44 de son offre.

7. Le 26 août 2020, la société S. répond à la partie adverse en lui transmettant des justifications de prix pour les postes concernés.

8. À la suite des offres déposées et de la réception des justificatifs de prix, la partie adverse procède à l'examen des offres.

Le rapport d'examen des offres conclut à l'irrégularité et l'écartement de l'offre de la requérante, après avoir constaté le caractère anormal de certains des prix unitaires qu'elle a proposés.

Le rapport précise qu'« aucun prix global anormal n'a été constaté » mais que les « PU anormaux suivants ont été constatés ».

Le rapport fait ainsi apparaître, à propos de l'offre de la requérante, ce qui suit :

N°	Nom	Irrégularités substantielles ?	Irrégularités non-substantielles?	PGSS méth. ¹	PGSS calcul ¹	Visite ²
1	ETC	Oui	Non	En ordre	En ordre	En ordre

[...]

- Offre n° : 1 de ETC

Poste	Réf.	Description	Avis sur les justifications de ETC
1	06.22.1a	Démolitions d'équipements techniques - fluides	La décomposition du prix unitaire ne constitue pas un justificatif
11	61.31.4a	Ventilation - distribution - conduits aérauliques - calorifuges	Il n'est pas apporté de justificatif établissant la normalité du prix. La seule référence aux prix des sous-traitants n'est pas suffisante pour le poste 11. Le justificatif est refusé.
32	61.39.1a	Percements maçonnerie extérieure pour le passage de la gaine de pulsion hall piscine, y compris étanchéité	La décomposition du prix unitaire ne constitue pas un justificatif
33	61.39.1b	Percements maçonnerie extérieure pour le placement de la grille de reprise hall piscine, y compris étanchéité	
34	61.39.1c	Percement maçonnerie extérieure acrotère façade Nord pour le rejet d'air vicié	
35	61.39.1e	Divers percements intérieurs vestiaires	
44	63.21.1x	Citerne propane enterrée 9000L	La décomposition du prix unitaire ne constitue pas un justificatif. De plus, il n'a pas été tenu compte de l'avis rectificatif paru en mai 2020.
59	63.27.7a	Chaleur - production - tuyauteries et accessoires pour le solaire thermique	La décomposition du prix unitaire ne constitue pas un justificatif

En conclusion de l'« examen de la régularité des offres », l'offre de la requérante est déclarée nulle au motif suivant : « Analyse des irrégularités substantielles : voir PU anormaux ». Par contre, les justifications apportées par la société S. pour les prix remis concernant les postes 1 et 44 sont acceptées et l'offre de cette dernière est considérée comme régulière.

L'auteur du rapport propose, en conséquence, d'attribuer le lot 2 du marché à la société S., qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur la base du prix).

9. Le 28 septembre 2020, le conseil d'administration de la partie adverse décide d'approuver le rapport d'examen des offres « faisant partie intégrante de la présente décision » et d'attribuer le lot 2 du marché à la société S.

Il s'agit de l'acte attaqué, qui est communiqué le 13 novembre 2020 à la requérante.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen unique de la violation de « l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 36 § 1, § 2 et § 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marché public, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs individuels, des principes généraux de droit de transparence et de proportionnalité, du devoir de minutie, du principe de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Dans une première branche, elle reproche au pouvoir adjudicateur de ne pas l'avoir interrogée une seconde fois sur les prix anormaux de son offre. Selon elle, le pouvoir adjudicateur avait l'obligation de lui soumettre une nouvelle demande de justification de ses prix, pour respecter l'article 36, § 2, dernier alinéa, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 qui dispose que « [s]i nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit », dès lors qu'il estimait que les premières justifications reçues étaient insuffisantes. Elle expose avoir « justifi[é] les prix qu'elle propose en les décomposant et en faisant mention

du prix de ses sous-traitants et en précisant sa marge bénéficiaire » et ne voit pas quel élément particulier complémentaire elle aurait pu fournir s'agissant de travaux « classiques ». Elle précise qu'« il n'y a aucune justification particulière à donner sur le procédé de construction puisqu'il s'agit simplement de matériel à poser » et qu'« il n'y a pas de solution technique particulière ou d'originalité des travaux », au sens de l'article 36, § 2, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Concernant, en particulier, le poste 44 relatif à la citerne aérienne, elle explique que sa justification est conforme au cahier spécial des charges, qu'il est « de coutume que la citerne reste la propriété du fournisseur et fasse l'objet d'une location au client avec un coût à l'installation de 180 € hors TVA et une location annuelle » contrairement aux citernes enterrées qui doivent être achetées par le client « qui en devient propriétaire avec un coût d'installation de 7.660 € hors TVA », que « si le prix a considérablement baissé [pour ce poste], c'est précisément pour s'adapter au rectificatif publié par le pouvoir adjudicateur », qu'elle « dépose à son dossier les éléments techniques [...] de la citerne pour laquelle les justifications de prix ont été données et correspondants à ceux du cahier spécial des charges rectifié », qu'« [a]u demeurant, la question de la conformité de la citerne à livrer n'est pas un problème de prix anormal mais de conformité du matériel aux dispositions techniques » et que « [c]e motif est donc étranger à la question de la normalité des prix ». Elle relève que la décision d'attribution et le rapport d'analyse des offres ne précisent pas quels justificatifs seraient manquants. Elle estime que cette précision est essentielle car « soit le détail des prix demandé était suffisant et il fallait se prononcer sur la normalité ou non du prix, soit le justificatif n'était pas complet ou était insuffisant et il fallait solliciter une explication complémentaire et poser des questions précises », alors qu'elle répète qu'elle « ne voit pas très bien quels autres justificatifs elle aurait pu fournir », mis à part peut-être « les quantités horaires de mains d'œuvre qui étaient proposées pour la réalisation du travail ou la justification du tarif horaire ». Mais, selon elle, le tarif horaire ne peut être critiqué « à partir du moment où il n'y a pas de violation des obligations sociales et environnementales visées à l'article 36 » et le nombre d'heures ne peut être contesté que s'il est « manifestement déraisonnable pour la réalisation des travaux en question ».

Dans une deuxième branche, elle reproche à la décision attaquée de ne contenir aucune motivation relative au caractère anormal des prix qui ont été remis et, en particulier, de ne pas indiquer en quoi « les prix unitaires sont anormaux » et en quoi « [les] justifications [remises] rendent le prix anormal ». Elle fait également grief au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir procédé à une vérification des prix tout en faisant valoir qu'« [a]u demeurant, [cette analyse] n'apparaît pas non plus crédible ». Concernant le prix global de son offre, elle affirme que « le prix de la meilleure offre [qu'elle a] remise [...] est loin d'être largement inférieure à celle remise par le soumissionnaire qui a été désigné comme attributaire du marché »

puisque l'écart entre les deux offres est à peine supérieur de 5% et que son offre n'est pas inférieure globalement à plus de 10% de la moyenne des offres. Quant aux prix unitaires jugés anormaux, la requérante fait valoir qu'ils « portent sur des sommes relativement mineures, environ 25.000 € pour le total des postes, la main d'œuvre représentant à peu près un tiers du tout ». Elle conclut qu'« à défaut de la moindre motivation de la part de la partie adverse sur l'ensemble des justifications apportées, les [dispositions relatives à la motivation] sont violées ».

Dans une troisième branche, la requérante conteste que les prix remis aient pu être considérés comme excessivement bas par rapport aux prix remis par les autres soumissionnaires. Elle ajoute que chacun des postes en cause apparaît comme négligeable par rapport à l'ensemble du marché, que « [l]orsqu'on parle en centaines d'euros pour la plupart des postes (pour un total de 25.000 € : +/- 3% du marché) par rapport à un marché d'un montant entre 900.000 € et 1.000.000 €, il devient déraisonnable de considérer que certains prix seraient anormaux » et que « rien ne démontre le moindre prix anormal, ni dans les documents du marché, ni dans les offres, ni *a fortiori* dans l'absence de justification du pouvoir adjudicateur (rapport d'examen des offres et courrier du 13 novembre 2020) ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 36, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que le pouvoir adjudicateur procède à un examen des prix ou des coûts qui lui « semblent anormalement bas ou élevés » lors de la vérification des prix ou des coûts, effectuée conformément à l'article 35. Cet examen est obligatoire. L'article 36, §§ 2 et 3, du même arrêté royal dispose comme il suit :

« §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 [...]

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 rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, apporte le commentaire suivant à ces dispositions :

« Le paragraphe 2 prévoit que le pouvoir adjudicateur doit interroger, lors de l'examen prévu au paragraphe 1er, le soumissionnaire concerné et lui donner l'occasion de se justifier sur la composition de son prix ou de son coût. Le pouvoir adjudicateur doit interroger les soumissionnaires concernant tous les postes qui semblent anormaux sous réserve de l'exception prévue au dernier alinéa (prix des postes d'une importance négligeable). Il y a lieu de souligner que les justifications qui peuvent entrer en considération pour démontrer le caractère normal de l'offre et qui sont énumérées dans le projet n'ont pas de caractère limitatif [...]

À noter qu'un soumissionnaire ne peut simplement référer au prix d'un sous-traitant augmenté d'une marge bénéficiaire afin d'expliquer son prix. Une explication du prix du sous-traitant est alors nécessaire.

De plus, l'alinéa 5 du paragraphe 2 prévoit expressément que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter formellement à fournir des justifications concernant les prix pour des postes d'une importance négligeable. Il peut en effet être présumé que ceux-ci n'auront aucune influence, en raison de leur caractère négligeable. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur procéderait malgré tout à un examen des prix des postes négligeables dans le cadre de marchés qui contiennent par exemple plusieurs prix considérés comme anormaux et qu'il apparaîtrait que les prix constatés sont anormaux pour un nombre de postes négligeables très limité, l'offre pourrait toujours être considérée comme régulière. En effet, il est clarifié au paragraphe 3 que l'offre doit uniquement être rejetée dans deux hypothèses : en raison du caractère anormal du montant total de l'offre et/ou en raison du caractère anormal d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s).

Il n'a pas été donné suite à la remarque du Conseil d'Etat d'insérer des exemples pratiques dans le rapport au Roi. Le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné.

Le dernier alinéa du paragraphe 2 précise que le pouvoir adjudicateur peut au besoin réinterroger le soumissionnaire dans un délai de douze jours, délai qui peut, le cas échéant, être réduit. Le paragraphe 3 explique qu'au terme de cette étape, le pouvoir adjudicateur constate que :

- soit le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal. Dans un tel cas, l'offre est également entachée d'une irrégularité substantielle et doit être écartée;

- soit que le montant total de l'offre présente un caractère anormal. Une telle offre est ainsi entachée d'une irrégularité substantielle et doit être écartée;

- soit que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal. Une motivation en ce sens doit dès lors être insérée dans la décision d'attribution.

Il convient de souligner que le pouvoir adjudicateur peut constater, dans une seule et même offre, qu'un (ou plusieurs) poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal, de même que le montant total de l'offre.

Il convient également de souligner que le soumissionnaire peut éprouver des difficultés à donner les informations nécessaires à la justification de son prix ou de son coût. Seraient ainsi considérées comme insuffisantes la simple confirmation du prix sans explication, la justification confuse, vague ou imprécise [...] ».

Le contrôle des prix apparemment anormaux, ainsi organisé, a essentiellement pour objet de vérifier si le prix offert permet d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges tant au point de vue de la qualité technique qu'à celui du délai et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics. Dans ce contexte, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour procéder à un contrôle des prix, estimer le caractère apparemment anormal d'un prix, déterminer ceux à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications et examiner la validité des justifications apportées par le soumissionnaire concerné. Il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité, sauf à sanctionner une erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a, par courrier du 17 juillet 2020, interrogé la requérante « en application de l'article 36, § 2, de l'A.R. du 18 avril 2017 » sur les prix unitaires figurant dans son offre, qui lui « paraissent anormaux » et qu'il identifie comme étant les postes 1, 11, 32, 33, 34, 35, 44 et 59 du lot 2 du marché. Dans ce courrier, le pouvoir adjudicateur demande de « justifier ces prix (détail matériaux, main-d'œuvre, frais généraux, bénéfice, coût de mise en décharge, ...) » et indique que les « justifications doivent être précises et porter notamment sur des éléments objectifs tels que notamment [...] l'économie du procédé de construction [...] les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables [...] pour exécuter les travaux [...] l'originalité des travaux [...] ». Il est précisé expressément – en caractères gras dans le texte – qu'« une simple décomposition des prix ou une vague justification ne suffit pas ».

Dans sa réponse du 7 août 2020, la requérante transmet à la partie adverse les « conditions générales » de l'entreprise ainsi qu'un tableau reprenant, pour chacun des huit postes, le « prix global d'achat net unitaire » pour le matériel concerné (sans préciser ou distinguer le type de matériel utilisé), le pourcentage de la marge bénéficiaire sur ce matériel et, le cas échéant, le tarif horaire de la main d'œuvre (identique pour tous les postes) à multiplier par le nombre d'heures prévu pour réaliser les prestations visées. Pour le poste 11 relatif à la « ventilation-distribution-conduits aéronautiques-calorifuges », il est mentionné en plus que

« l'isolation en tapie d'armaflex [est] réalisée en sous-traitance ». Pour le poste 44 relatif à la « citerne de propane enterrée 9000L [sic] », la justification indique en plus qu'elle doit faire l'objet d'un « contrat à passer en location-vente via un fournisseur de gaz pour le maître d'ouvrage ».

Ces explications relèvent pour l'essentiel d'une simple décomposition de prix, qui ne permet pas au pouvoir adjudicateur de vérifier que les prix unitaires remis sont normaux et, en particulier, qu'ils permettent d'exécuter correctement les prestations visées par les postes concernés. S'agissant du poste 11, la requérante se limite à ajouter que la prestation est réalisée par un sous-traitant, sans justifier le prix de ce dernier. Quant au poste 44, la mention ajoutée par la requérante est toute aussi vague et ne permet pas de contrôler que le prix remis couvre l'ensemble des prestations comprises dans ce poste.

La possibilité prévue par l'article 36, § 2, dernier alinéa, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 d'interroger à nouveau « si nécessaire » le soumissionnaire par écrit relève du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur. À première vue, il ne paraît pas manifeste que la partie adverse aurait commis une erreur d'appréciation en considérant qu'il n'était pas nécessaire de réinterroger la requérante, dès lors que le courrier de demande de justifications indiquait déjà expressément qu'« une simple décomposition des prix ou une vague justification ne suffit pas ».

Confrontée à une telle décomposition et à de vagues justifications, la partie adverse a pu, sans réinterroger la requérante, considérer que « la décomposition du prix unitaire ne constitue pas un justificatif » et que « la seule référence aux prix des sous-traitant n'est pas suffisante ». Ce faisant, la partie adverse motive à suffisance les raisons pour lesquelles elle considère que la requérante n'a pas justifié les prix unitaires détectés comme potentiellement anormaux. Une telle motivation est conforme aux pièces du dossier et permet de vérifier que la partie adverse a analysé avec le soin requis le peu de justifications de prix transmis par la requérante.

Concernant en particulier le poste 44 relatif à la « citerne propane aérienne 9100L » - dont la requérante fait grand cas, les explications et pièces justificatives qu'elle fournit dans le cadre de la présente procédure sont tardives. En toute hypothèse, le contenu de la pièce 8B intitulée « devis provisoire installation de placement de réservoir » paraît confirmer les craintes de la partie adverse, selon lesquelles le prix remis ne permettrait pas de couvrir l'ensemble des prestations visées à ce poste à la suite de l'avis rectificatif du 29 mai 2020, en ce compris les prestations relatives aux « vidange et neutralisation des citernes de mazout

existantes ». L'affirmation dans le rapport d'analyse selon laquelle « il n'a pas été tenu compte de l'avis rectificatif paru en mai 2020 » paraît, à cet égard, exacte.

Le rapport d'examen des offres, auquel renvoie l'acte attaqué, permet à la requérante de comprendre pourquoi son offre a été écartée comme irrégulière, à savoir l'existence d'irrégularités substantielles dans son offre liées au constat de prix unitaires anormaux pour les huit postes qu'il identifie et pour lesquels les justifications apportées ont été considérées comme insuffisantes pour les motifs qu'il indique. La requérante savait donc quels prix étaient considérés comme anormaux par la partie adverse et les raisons pour lesquelles les justifications remises n'ont pas été admises. Elle était donc parfaitement en mesure d'apprécier l'opportunité et la manière d'exercer les recours à sa disposition.

Du reste, il n'est pas contestable que la partie adverse a effectivement procédé à une vérification des prix, puisqu'elle a interrogé la requérante et l'attributaire du lot 2 du marché sur les prix apparemment anormaux concernant plusieurs postes de leurs offres. Le caractère *a priori* anormal des prix remis par la requérante pour les huit postes en question est confirmé par les pièces du dossier administratif. En particulier la pièce 15, pour laquelle la confidentialité est sollicitée, compare, pour chacun des huit postes à justifier, les prix de la requérante avec ceux des trois offres les moins chères qui suivent celle de la requérante. L'écart entre les prix de la requérante et les prix moyens de ces trois offres varie, selon les postes, du simple ou double, voire au triple, quadruple, quintuple, et pour le poste 44, au plus du quarantuple du prix moyen des trois autres offres. Contrairement à ce que semble soutenir la requérante, la comparaison des prix globaux remis par les soumissionnaires n'est pas de nature à démontrer le caractère normal des prix unitaires précités. Par ailleurs, la requérante se méprend lorsqu'elle soutient que la partie adverse aurait dû dire en quoi « [les] justifications rendent les prix anormal ». En effet, comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, « ce ne sont pas les justifications qui rendent les prix anormaux, mais la comparaison des prix remis avec soit l'estimation retenue par le pouvoir adjudicateur, soit les prix remis par les autres soumissionnaires, soit les deux » alors que « [l]es justifications doivent [...] servir à démontrer en quoi les prix sont normaux et de nature à "garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents dudit marché" et ainsi, le cas échéant, justifier la régularité de l'offre » et que « l'acte attaqué fait bien apparaître en quoi les justifications ne sont pas de nature à démontrer le caractère normal des prix mis en cause ».

Quant à l'importance des huit postes litigieux, il n'apparaît ni de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ni de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, que le pouvoir adjudicateur soit tenu au respect de critères déterminés

lorsqu'il s'agit de juger du caractère négligeable ou non des postes de l'offre, dont le prix est considéré comme anormalement bas. À cet égard, le rapport au Roi précédant l'arrêté royal susvisé précise qu'il n'a pas été donné suite à une observation de la section de législation du Conseil d'État, qui proposait d'illustrer la notion de « postes négligeables » par des exemples car « le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné ». Le pouvoir adjudicateur dispose donc d'un pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur ce point, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur, sauf à sanctionner une erreur manifeste d'appréciation. En l'espèce, il ressort de la pièce 15 du dossier administratif que les huit postes concernés par des prix anormaux représentent plus de 10% du montant total du marché, établi en fonction de la moyenne des trois offres les moins chères, après celle de la requérante. Le poste 11 représente, à lui seul, 4,75% du montant total du marché, établi en fonction de la même moyenne. L'affirmation de la requérante selon laquelle les prix anormaux constatés par la partie adverse portent manifestement sur des postes négligeables n'est *prima facie* pas sérieuse, ce d'autant que cette affirmation se fonde sur les prix remis par la requérante pour les huit postes litigieux, alors que ces prix sont considérés comme anormalement bas.

Le moyen unique n'est sérieux en aucune de ses branches.

V. Confidentialité

La requérante demande que les pièces 5, 7 et 8 annexées à la requête, qui contiennent son offre et ses justifications de prix, soient tenues pour confidentielles « dans la mesure où des intervenants éventuels pourraient prendre connaissance du prix et de sa décomposition » et que « la partie adverse en dispos[e] de toute façon ».

La partie adverse formule la même demande à l'égard des « offres, [...] courrier du 26 août 2020 de la S.A. [S.] et [...] tableaux comparatifs faisant figurer les prix remis par les différents soumissionnaires, produits à l'appui du dossier administratif ». Il s'agit des pièces 6, 7, 9bis, 14 et 15 du dossier administratif, identifiées dans l'inventaire comme « pièce[s] confidentielle[s] ».

Ces demandes n'étant pas contestées, il convient, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées. Par ailleurs, conformément à l'article 26 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 et de concessions, il y a lieu

d'ordonner la confidentialité de la pièce 8bis du dossier administratif, qui contient les justifications de prix de la requérante.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2

Les pièces 6, 7, 8bis, 9bis, 14 et 15 du dossier administratif, ainsi que les pièces 5, 7 et 8 annexées à la requête 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, § 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 adverse qui n'a pas fait le choix de la procédure électronique.

Article 5

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 24 décembre 2020 par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret