

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

n° 251.664 du 29 septembre 2021

A. 234.490/VI-22.144

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

ayant élu domicile chez
M^{es} Kris LEMMENS et
Mathieu THOMAS, avocats,
rue de la Régence 58/8
1000 Bruxelles,

contre :

**1. la société coopérative à responsabilité limitée
ASSOCIATION INTERCOMMUNALE POUR LE
DÉMERGEMENT ET L'ÉPURATION DES
COMMUNES DE LA PROVINCE DE LIÈGE,**

**2. la société anonyme SOCIÉTÉ PUBLIQUE DE
GESTION DE L'EAU,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Éric LEMMENS et
Elisabeth KIEHL, avocats,
Boulevard de la Sauvenière 68, bte 2/2,
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 7 septembre 2021, la société anonyme Renotec demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise le 5 juillet 2021 d'attribuer à la société anonyme Smet-Tunnelling le marché public ayant pour objet la 2^{ème} phase de la 1^{ère} partie de la rénovation (étanchement) de l'exutoire IV à Seraing (Jemeppe) ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 8 septembre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 24 septembre 2021.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

Les parties adverses ont déposé le dossier administratif.

M. David De Roy, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Mathieu Thomas, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Elisabeth Kiehl, avocat, comparaissant pour les parties adverses, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur 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

Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

- « 1. Le marché considéré a pour objet la 2^{ème} phase de la 1ère partie de la rénovation (étanchement) de l'exutoire IV à Seraing (Jemeppe).
2. Le marché a été publié au Bulletin des adjudications du 24 mars 2021.
3. Le cahier spécial des charges indique que la première partie adverse est le pouvoir adjudicateur et que la seconde partie adverse est le maître d'ouvrage.
4. Le contexte du marché est décrit au point 1.1. "Généralités" du chapitre 3 "Généralités" de la partie IV "Mémoire technique" du cahier spécial des charges (p. 78) :
 - “ Les ouvrages du présent marché s'inscrivent dans le dispositif de démergement de la plaine de Jemeppe.
L'exutoire IV de Jemeppe, appelé également exutoire du ruisseau de Hollogne, est constitué de conduites d'environ 5 km de longueur cumulée et de diamètres variant entre 0,40 m et 2,55 m.
L'exutoire IV a été réalisé entre 1939 et 1959. Sa capacité d'évacuation, à son débouché, est de 35 m³/s.
Le présent dossier concerne la partie de l'exutoire qui traverse la plaine alluviale affaissée à l'aide de deux conduites étanches.
Ce double tronçon, compris entre un massif de vannage amont et un massif de vannage aval, est long de 260 mètres et est composé de deux conduites parallèles de 2,55 m de diamètre intérieur en béton armé, posées à très faible profondeur. Ces conduites sont parfaitement étanches et ne peuvent et ne peuvent avoir de contact avec la plaine alluviale qu'elles traversent.
Le tronçon est double pour avoir la capacité suffisante pour évacuer les débits de ruissellement des orages d'été de son bassin hydrographique. Les travaux sur l'exutoire ne peuvent se réaliser qu'en dehors de la période de risque maximum d'orage, soit en période hivernale.

La partie de cet exutoire située dans la plaine de Meuse présente des dégradations structurelles importantes qui justifient une intervention urgente, notamment une forte corrosion des armatures qui, dans certaines sections, ont quasiment disparu.

La 1^{ère} phase de ces travaux a consisté en la rénovation des quatre massifs de vannage qui permettent d'isoler les conduites pour réparation, ainsi qu'en le déblaiement et le curage du double exutoire. Lors de cette phase, un relevé précis en trois dimensions des deux conduites existantes a été réalisé.

Ce relevé 3D fait partie intégrante des documents du présent marché qui consiste principalement en l'étanchement du double tronçon d'exutoire par l'introduction de coques constituée de tuyaux en PRV.

Pour cela, deux doubles fosses d'introduction devront être réalisées en amont et aval des tronçons pour permettre l'accès aux exutoires ainsi qu'un curage.

Etant donné l'évolution des conditions climatiques et des contraintes urbanistiques, il est essentiel de pouvoir recréer des canalisations au plus grand diamètre possible pour conserver une capacité hydraulique optimum.

Les travaux ne seront autorisés que sur un tronçon d'exutoire à la fois. Un seul tronçon d'exutoire ne pourra être ouvert à la fois".

5. L'objet du marché et la description des travaux figurent à l'article 2 "Objet du marché et description des travaux" de la partie I "Généralités" du cahier spécial des charges (p. 6) :

“ Le présent marché a pour objet la 2^{ème} phase de la 1^{ère} partie de la rénovation (étanchement) de l'exutoire IV à Seraing (Jemeppe).

Le marché comprend en ordre principal l'exécution des travaux suivants :

1) l'établissement de deux fosses d'introduction des coques de chemisage en PRV;

2) le curage des deux tronçons d'exutoire (2,55 m de diamètre) ;

3) l'introduction des coques de chemisage en PRV et l'étanchement des deux tronçons d'exutoire IV entre les massifs de vannages amont et aval (2 * 260 mètres) ;

4) la refermeture des parties d'exutoire ouverte pour introduction et la remise en état des zones de terrassement ;

5) l'appropriation des ouvrages existants à aménager ;

6) tous autres travaux, appropriations et sujétions quelconques.

Dans le cadre du présent marché, le pouvoir adjudicateur souhaite lutter contre le dumping social et la fraude sociale".

6. Concrètement :

- il y a deux conduites situées l'une à côté de l'autre, qui doivent être rénovées ;
- les deux conduites ne peuvent pas être rénovées en même temps, l'une doit être rénovée pendant que l'autre reste en service ;
- deux fosses (une en amont et une en aval) doivent être réalisées par exutoire, soit deux doubles fosses ou plus simplement quatre fosses.

7. Le cahier spécial des charges prévoit que "le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur sur base du critère prix" (p. 10).

8. Cinq offres ont été déposées. Les prix totaux sont les suivants :

SOUSSIONNAIRES	Montant hors TVA	Remarques éventuelles
KUMPEN	1.856.823,75 €	
RENOTEC NV	1.344.601,56 €	
SMET-TUNNELLING NV	1.166.740,00 €	
SODRAEP SA	2.479.235,00 €	
SPRL TEGEC	1.975.153,79 €	

9. Le rapport d'examen des offres annexé à la décision d'attribution indique ce qui suit concernant l'examen des prix réalisé à propos de l'offre de l'attributaire du marché :

A. Examen des prix totaux

A titre indicatif, la moyenne des offres déposées, calculée conformément au prescrit de l'article 36 § 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, s'élève à 1.725.526,37 € hors TVA.

Pour rappel, le montant estimatif des travaux est de 2.363.050,00 € hors TVA.

B. Analyse de l'offre la moins-disante (SMET-TUNNELLING NV)

Le montant de l'offre de SMET-TUNNELLING NV s'élève à 1.166.740,00 € hors T.V.A.

Le montant de l'offre de la société SMET-TUNNELLING NV est inférieur à la moyenne de 558.786,37 € hors T.V.A., soit 32,38 %, ce qui est très important.

Le montant de l'offre de l'offre de SMET-TUNNELLING NV est inférieur à l'estimation de 1.096.310,00 € hors T.V.A., soit 49,03 %, ce qui est très important.

Analyse du prix global de l'offre

L'analyse des écarts ci-dessus fait apparaître un montant total apparemment anormalement bas.

Conformément à l'article 36 §4 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, cette offre exige la vérification de ce montant total.

Analyse des prix unitaires

L'examen détaillé de l'offre fait apparaître que les montants des prix unitaires des postes n° 1, 2 et 5 à 9 semblent anormaux.

Une demande de justification du prix global et des prix unitaires apparemment anormaux a été adressée à la SMET-TUNNELING NV par lettre recommandée datée du 3 mai 2021.

Par son courrier du 11 mai 2021, la SM nous a transmis les justifications demandées dans les délais impartis.

L'examen détaillé des justifications du prix global et des prix unitaires de l'offre de la SMET-TUNNELING NV ne suscite aucune remarque particulière. Il est à noter que SMET-TUNELING propose une solution à un seul puits d'introduction par exutoire, et non deux comme supposés, ce qui explique en partie la différence de prix avec la moyenne. SMET-TUNELING emploie un chariot électrique pour porter les tuyaux et cela conduit à une plus grande efficacité avec un impact important sur le prix. Ces prix ne font apparaître aucun caractère significatif d'anormalité ni éventuellement spéculatif. L'examen des justifications a permis de lever le caractère apparemment anormal de certains prix unitaires et du prix global de l'offre.

L'offre déposée par la SMET-TUNNELING NV est considérée comme normale et régulière en égard à l'article 36 de l'A.R. du 18 avril 2018.

10. Le 5 juillet 2021, le conseil d'administration de la première partie adverse a, "sous réserve de l'approbation de la S.P.G.E.", fait sien le rapport d'examen des offres et ses motifs et a attribué le marché à la société Smet-Tunneling. Il s'agit de l'acte attaqué.

11. L'acte attaqué a été notifié à la partie requérante par un courrier recommandé et par un e-mail tous les deux datés du 23 août 2021 ».

Il ressort de la décision du 5 juillet 2021 lue en combinaison avec les échanges entre les deux parties adverses, dont rendent compte les pièces 11 et 12 du dossier administratif, que l'attribution du marché litigieux a été décidée par la première partie adverse sous réserve de l'autorisation de la seconde, laquelle a été donnée, ainsi que cela se comprend, *prima facie*, à la lecture de la pièce 12. À l'audience du 24 septembre 2021, les parties adverses n'ont pas contesté avoir été identifiées en cette qualité par la requérante.

IV. Premier moyen – Seconde branche

IV.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, « pris de la violation de l'article 56 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques', de l'article 5 de la partie I du cahier spécial des charges, 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, 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', de l'erreur manifeste d'appréciation, de la contradiction dans les motifs et de l'erreur en fait et en droit dans les motifs.

En ce que, première branche, l'attributaire du marché prévoit, dans son offre, la réalisation d'une seule fosse d'introduction par exutoire,

Alors que le cahier spécial des charges impose la réalisation de deux doubles fosses, c'est-à-dire deux fosses d'introduction (amont et aval) par exutoire,

Et que le cahier spécial des charges interdit la présentation de variantes libres,

Et en ce que le montant total de l'offre de l'attributaire du marché très inférieur aux montants totaux des offres des autres soumissionnaires s'explique par le fait que ladite offre prévoit la réalisation d'une fosse par exutoire, et non deux fosses par exutoire, et contient donc uniquement (sans offre de base) une variante libre interdite par les documents du marché,

Alors que le pouvoir adjudicateur doit déclarer nulle une offre dont les irrégularités qu'elle contient donnent à celui qui la dépose un avantage discriminatoire, entraînent une distorsion de concurrence et empêchent l'évaluation de l'offre ou la comparaison de celle-ci aux autres offres.

Et en ce que, seconde branche, l'acte attaqué n'indique pas pour quelles raisons la première partie adverse a estimé que l'offre de l'attributaire du marché qui prévoit la réalisation d'une fosse par exutoire, et non deux fosses par exutoire, et qui contient donc uniquement (sans offre de base) une variante libre interdite par les documents du marché, n'était pas irrégulière,

Alors qu'une décision d'attribution ne peut pas contenir des motifs contradictoires et que le pouvoir adjudicateur est tenu de motiver sa décision de ne pas écarter une offre qui contient des irrégularités ».

Elle développe comme suit la seconde branche :

« 27. Comme le rappelle le Conseil d'Etat, "en présence d'une irrégularité dans l'offre, au sens de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur doit en constater l'existence, qualifier cette irrégularité de substantielle ou de non substantielle et énoncer les motifs sur lesquels il se fonde pour le faire. Il doit tirer les conséquences de cette qualification et, en cas d'irrégularité qualifiée de non substantielle, motiver sa décision d'écarter ou non l'offre en raison de cette irrégularité. L'exigence de motivation est par ailleurs renforcée en cas de dérogation alléguée au cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur devant se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels il décide d'écarter ou de retenir une offre affectée d'une irrégularité considérée comme non substantielle".

28. L'acte attaqué a constaté que l'offre de l'attributaire du marché s'écarterait des prescriptions du cahier spécial des charges : "Il est à noter que SMET-TUNELING propose une solution à un seul puits d'introduction par exutoire, et non deux comme supposés".

Toutefois, l'acte attaqué indique sous un point 4.1. "Régularité des offres au sens de l'article 76, § 1^{er}, 1^o de l'A.R. du 18/04/2017 – Respect du droit du travail, du droit social et du droit environnemental" qu'"aucune irrégularité n'a été constatée".

Les motifs de l'acte attaqué sont donc contradictoires, en ce que la première partie adverse a constaté que l'offre de l'attributaire du marché s'écarterait des prescriptions du cahier spécial des charges mais n'a, dans le même temps, considéré que ladite offre ne contenait aucune irrégularité.

29. En outre, l'acte attaqué n'explique nullement les raisons pour lesquelles, face à une offre non conforme, la première partie adverse a décidé de ne pas l'écarter pour irrégularité. Elle n'a pas non plus qualifié les irrégularités figurant dans l'offre de substantielles ou de non substantielles. Rien ne permet de comprendre pour quelles raisons la première partie adverse a estimé que l'offre de l'attributaire du marché qui prévoit la réalisation d'une fosse par exutoire, et non deux fosses par exutoire, et qui contient donc uniquement (sans offre de base) une variante libre interdite par les documents du marché, n'était pas irrégulière.

30. Le premier moyen en sa seconde branche est sérieux, en ce que la motivation de l'acte attaqué est contradictoire et en ce que l'acte attaqué ne contient aucune motivation quant à la décision d'accepter l'offre de l'attributaire du marché qui contient pourtant des irrégularités ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'Etat

L'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.
L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3.

§ 4. Sans préjudice de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique.

Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations.

Le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.

§ 5. Sans préjudice du paragraphe 2 et de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Le pouvoir adjudicateur décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3 ».

En présence d'une irrégularité dans l'offre, au sens de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, précité, le pouvoir adjudicateur doit en constater l'existence, qualifier cette irrégularité de substantielle ou de non substantielle et énoncer les motifs sur lesquels il se fonde pour le faire. Il doit tirer les conséquences de cette qualification et, en cas d'irrégularité qualifiée de non substantielle, motiver sa décision d'écarter ou non l'offre en raison de cette irrégularité. L'exigence de motivation est par ailleurs renforcée en cas de dérogation alléguée au cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur devant se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité

et le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels il décide d'écarter ou de retenir une offre affectée d'une irrégularité considérée comme non substantielle.

En l'espèce, les documents du marché prescrivaient la réalisation de deux doubles fosses d'introduction en amont et en aval des deux tronçons formant l'exutoire IV dont la rénovation fait l'objet du marché litigieux.

Comme le constate expressément en fait le rapport d'examen des offres que la décision attaquée déclare faire sien, le soumissionnaire SMET-TUNNELLING a fait offre sur la base d'une solution ne prévoyant qu'une seule fosse par tronçon, au lieu des deux imposées. Une telle solution n'est pas conforme aux prescriptions du marché, ce que les parties adverses n'ont pas contesté dans le cadre de la procédure en extrême urgence. En dépit du fait qu'elles avaient relevé cette non-conformité, les parties adverses ont admis la régularité de l'offre de ce soumissionnaire sans indiquer expressément la qualification qu'appelait, selon elles, l'irrégularité ainsi constatée, ni *a fortiori* ce qui les déterminait à la qualifier de substantielle ou non substantielle, et sans exposer la raison pour laquelle cette irrégularité ne justifiait pas d'écarter l'offre qui en était affectée. En l'absence de motivation formelle appropriée, les parties adverses ne permettent, par ailleurs, pas au Conseil d'État de vérifier qu'elles se sont acquittées des obligations qui s'imposaient à elles à l'instar de tout pouvoir adjudicateur qui se trouve confronté à une offre irrégulière.

Il est, par ailleurs, indifférent de relever – comme l'ont fait, en termes de plaidoiries, les parties adverses pour contester l'intérêt de la requérante au moyen – que, même si le montant de l'offre du soumissionnaire SMET-TUNNELLING était revu à la hausse en tenant compte de ce qu'impliquerait la réalisation de deux fosses supplémentaires, l'offre de la requérante ne serait pas la moins-disante. En effet, la seconde branche du moyen ne met pas en cause le sort réservé par les parties adverses à une irrégularité de l'offre de SMET-TUNNELLING qui serait due à l'anormalité des prix proposés par ce soumissionnaire, mais bien le traitement d'une irrégularité résultant de la non-conformité de l'offre à des prescriptions portant sur l'objet des travaux à exécuter dans le cadre du marché litigieux. L'exception d'irrecevabilité opposée au moyen ne peut être accueillie.

En tant qu'il reproche à l'acte attaqué de ne contenir « aucune motivation quant à la décision d'accepter l'offre de l'attributaire du marché qui contient pourtant des irrégularités », le premier moyen doit être déclaré sérieux en sa seconde branche.

V. Balance des intérêts

Les parties adverses ne désignent 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

Les parties adverses demandent que soit maintenue la confidentialité des pièces 3, 4, 6, 7 et 8 du dossier administratif.

Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision prise le 5 juillet 2021 d'attribuer à la société anonyme SMET-TUNNELLING le marché public ayant pour objet la 2^{ème} phase de la 1^{ère} partie de la rénovation (étanchement) de l'exutoire IV à Seraing (Jemeppe) est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 3, 4, 6, 7 et 8 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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 29 septembre 2021 par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy