

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

n° 254.242 du 7 juillet 2022

A. 236.587/VI-22.361

En cause : **la société anonyme KRINKELS**,
 ayant élu domicile chez
 M^e Olivier ESCHWEILER, avocat,
 rue de Mery 42
 4130 Esneux,

contre :

la commune de Boussu,
 représentée par son collègue communal,
 ayant élu domicile chez
 M^e Gauthier ERVYN, avocat,
 avenue Hermann-Debroux, 40
 1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 8 juin 2022, la SA Krinkels demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du collège communal de la partie adverse, prise en sa séance du 14 mars 2022, d'attribuer, sur base du rapport établi par l'auteur de projet Canevas, le marché public de travaux pour le réaménagement de la Place de Boussu à l'offre régulière la plus avantageuse sur base d'un critère unique de prix, soit celle de Colas Belgium [...] et ce pour le montant d'offre contrôlé de 2.784.876,29 € HTVA, 3.369.700,31 € TVAC ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 9 juin 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 24 juin 2022.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure 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 Gaël Tilman, *loco* M^e Olivier Eschweiler, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Gauthier Eryvn, avocat, comparaissant pour la partie adverse, 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. Faits utiles à l'examen de la demande

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

« La partie adverse a publié au *Bulletin des adjudications* du 10 novembre 2021 un avis de marché relatif à un marché de travaux intitulé "Réaménagement de la Place communale de Boussu"

Le critère d'attribution unique énoncé dans l'avis de marché était le prix.

Le type de procédure retenu était la procédure ouverte.

Les offres devaient être déposées pour le 14 décembre 2021 à 9 heures 30.

Le cahier spécial des charges présente le marché comme un marché de travaux de rénovation de voirie, incluant un volet de pose et/ou déplacement d'impétrants.

L'objet est plus précisément défini comme le réaménagement de la Place communale de Boussu, y compris la transformation du premier tronçon de la rue Guérin :

- Le réaménagement de la Place communale, hormis le kiosque à musique hors zone d'intervention;
- Le réaménagement du premier tronçon de la rue Guérin (entre rue Neuve et rue du Centenaire, carrefour non compris);
- Les arbres existants sur la place seront abattus, de nouveaux tilleuls seront plantés sur trois côtés de la place et un arbre solitaire sera planté côté nord;
- L'aménagement d'un parking, sur le côté sud, de 39 places ainsi que 2 emplacements réservés aux PMR;
- La création de plateau ralentisseurs;
- La création de deux nouveaux arrêts de bus en voirie;

- La rénovation de l'espace public communal et les interventions en voirie régionale comprenant les travaux :
 - o Démolition des trottoirs et voiries existants;
 - o Déblais/remblais en vue du reprofilage global de l'assiette des voiries;
 - o Evacuation des produits de démolition;
 - o Pose d'éléments linéaires;
 - o Construction de nouveaux coffres de voirie et espace piétons pour revêtement en pavés de pierre naturelle;
 - o Construction de nouveaux coffres de voiries et espace piétons pour revêtement en dalles béton;
 - o Construction de nouveaux plateaux ralentisseurs en béton;
 - o Réalisation, fourniture et mise-en-œuvre de mobilier urbain sur mesure;
 - o Aménagements d'espaces verts;
 - o Réalisation de signalisation horizontale et verticale;
 - o Pose et raccordements de nouveaux impétrants;

Le rapport d'examen des offres renseigne que cinq soumissionnaires ont déposé une offre :

N°			
1	A2 sa	2.085.379,87	€ H.T.V.A.
2	MELIN	2.511.028,93	€ H.T.V.A.
3	COLAS BELGIUM	2.783.749,92	€ H.T.V.A.
4	KRINKELS NV	3.123.450,02	€ H.T.V.A.
5	Travexploit (Travaux et exploitations)	3.130.596,55	€ H.T.V.A.

Après l'examen des critères de sélection qualitative, les cinq offres seront considérées comme régulières.

Dans le cadre de l'examen de la conformité des offres, l'auteur de projet conclura au rejt de l'offre de A2, au motif que les échantillons de pavés reçus ne correspondent en aucun point du cahier spécial des charges.

En ce qui concerne l'offre de MELIN, l'auteur de projet constate que l'échantillon de pavés reçu n'est pas accompagné d'agrément technique ou de DoP. De même, il relève que la variabilité des pavés de ré-emploi ne permet pas de garantir un respect des plans d'adjudication, et que la qualité esthétique est moins bonne, le dimensionnement plus irrégulier, la finition des bords de qualité trop variable et la surface plus irrégulière.

Ces deux offres sont donc rejetées.

L'auteur de projet opère ensuite une vérification arithmétique des offres.

Après refus des valeurs modifiées par certains soumissionnaires, analyse arithmétique et éventuelle correction, l'ordre des offres, par montant global croissant est le suivant :

N°			
1	A2 sa	2.083.939,86	€ H.T.V.A.
2	MELIN	2.504.528,92	€ H.T.V.A.
3	COLAS BELGIUM	2.783.749,92	€ H.T.V.A.
4	Travexploit (Travaux et exploitations)	3.100.396,54	€ H.T.V.A.
5	KRINKELS NV	3.123.450,02	€ H.T.V.A.

L'auteur de projet constate ensuite qu'il n'y a aucune erreur ni omission.

L'auteur de projet procède enfin à l'analyse des prix anormaux.

Dans le cadre de celle-ci, il invite la société COLAS BELGIUM, le 11 janvier 2022, à fournir les justifications détaillées des prix unitaires de certains postes, et analyse les justifications apportées comme suit :

CODE	LIBELLE	ANALYSE
G9111 G9101	Dispositif de sécurité et de modération de la vitesse en béton préfabriqué, brut de décoffrage, finition lavée, fourniture et pose	Le P.U. est justifié en joignant l'offre reçue du sous-traitant. Une erreur semble s'être glissée dans le calcul du prix de la fourniture. Celle-ci a été corrigé par nos soins. Le matériel affecté au travail est décrit. Le rendement est précisé. Le justificatif est cependant jugé complet suite à la production de ces différents éléments.
E1220-DR	Travaux préliminaires, localisation et balisage d'installation souterraine, repérage par terrassement par aspiration, avec mise en dépôt, en recherche	Le P.U. est justifié en joignant l'offre reçue du sous-traitant. Le matériel affecté au travail est décrit. Le rendement est précisé. Le justificatif est jugé complet suite à la production de ces différents éléments.
H1001 H1002	Lame et profil L en acier auto-patinable (corten)	Le P.U. est justifié en joignant l'offre reçue du sous-traitant. Le justificatif est jugé complet suite à la production de ces différents éléments.
O4193	Plantation de Tilius tomentosa "Doornik" C=30-40	Le P.U. est justifié en joignant l'offre reçue du sous-traitant. Le matériel affecté au travail est décrit. Le rendement est précisé. Le justificatif est jugé complet suite à la production de ces différents éléments.
O7137 O7243	Fourniture et pose de mobilier urbain dont poubelle	Le P.U. est justifié en joignant l'offre reçue du sous-traitant. Le matériel affecté au travail est décrit. Le rendement est précisé. Le justificatif est jugé complet suite à la production de ces différents éléments.

L'auteur de projet conclut que :

“Etant donné la grande importance des postes de revêtements comptant pour plus de 30 % dans le marché, les entrepreneurs n'ayant pas fourni d'échantillons conformes au cahier des charges ne peuvent pas être retenus pour l'attribution du marché.

L'offre de A2sa est dès lors jugée incomplète et est par conséquent écartée.

L'offre de MELIN est dès lors jugée incomplète et est par conséquent écartée.

L'analyse des prix anormaux montre que l'offre de Travexploit est incomplète et est par conséquent écartée. Etant donné le montant global de l'offre de ce soumissionnaire, ceci ne porte pas à conséquence.

L'offre de COLAS BELGIUM est jugée complète et régulière.

L’offre de Krinkels NV est jugée complète et régulière.”

En suite de cette conclusion, l’auteur de projet classe les offres comme suit :

COLAS BELGIUM	: 2.784.876,29 € H.T.V.A.
KRINKELS N.V.	: 3.123.450,02 € H.T.V.A.

Suite à ce rapport, la partie adverse prendra la décision d’attribuer le marché à la société COLAS BELGIUM pour le montant de 2.784.876,29 € H.T.V.A.

Il s’agit de l’acte attaqué ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation de la Constitution, notamment ses articles 10 et 11, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment ses articles 4, 81, 83 et 84, de l’arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment ses articles 33, 34, 36 et 82, des principes généraux du droit, notamment du principe de transparence, du principe d’égalité de traitement et du principe d’intangibilité des offres, du devoir de minutie ainsi que de l’erreur manifeste d’appréciation.

Elle reproche, en substance, à la partie adverse d’avoir corrigé les prix des deux postes G9111 et G9101 du métré de l’offre de l’attributaire du marché, à l’occasion de la vérification des prix de cette offre, en violation des dispositions visées au moyen et du principe d’intangibilité des offres. Elle ajoute que, sans cette correction *contra legem*, la justification donnée pour ces prix – à l’égard desquels existe un soupçon d’anormalité – n’aurait pas pu être acceptée et l’offre de l’attributaire du marché aurait été écartée au profit de son offre classée en deuxième position.

Elle développe son argumentation comme il suit :

« Hors les cas où la procédure choisie ouvre la possibilité d’un dialogue entre les opérateurs économiques et le pouvoir adjudicateur, que ce soit par le biais d’une possibilité de négociation ou par celle du dialogue compétitif, les offres remises par les soumissionnaires ne peuvent être modifiées après la date fixée pour leur introduction.

Ce principe d’intangibilité des offres est consacré à l’article 82 de l’arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après arrêté royal passation secteurs classiques) qui énonce que :

“Dès la date et l’heure limites d’introduction des offres, éventuellement prolongée, le soumissionnaire n’est plus fondé à se prévaloir des erreurs ou omissions qui pourraient figurer dans le métré récapitulatif ou dans l’inventaire mis à sa disposition par le pouvoir adjudicateur.

En outre, dès cet instant, il ne peut se prévaloir des vices de forme dont est entachée son offre ni des erreurs ou omissions qu'elle comporte."

Les termes du deuxième alinéa sont extrêmement larges, puisqu'ils visent aussi bien les vices de forme, que les erreurs ou les omissions, sans que ces notions ne soient restreintes d'une quelconque manière.

Le Roi a donc consacré une intangibilité absolue de l'offre qui ne peut être modifiée par le soumissionnaire dès que le délai fixé pour l'introduction des offres est expiré.

L'article 82 de l'A.R. passation secteurs classiques aborde la question de l'intangibilité des offres uniquement du point de vue des soumissionnaires.

Pourtant, ce principe s'applique également aux pouvoirs adjudicateurs qui ne peuvent, eux non plus, modifier les offres reçues.

Le Conseil d'État a notamment sanctionné un pouvoir adjudicateur qui avait pris en considération, dans le cadre de l'évaluation des offres, des éléments non mentionnés dans l'offre d'un soumissionnaire.

"Il est établi que la partie adverse a pris en considération au moins deux fonctionnalités informatiques supplémentaires qui ont permis de valoriser l'offre de RANDSTAD et qui ne figuraient pas, en tant que telles, dans les documents annexés à son offre. Ces deux fonctionnalités, compte tenu de l'importance qu'elles ont pu jouer dans la procédure d'attribution du lot 1 du marché, ne peuvent non plus être raisonnablement considérées comme de simples □précisions□ qui auraient été apportées aux offres proposées, postérieurement à la séance d'ouverture des offres et dans les limites de la faculté dérogatoire offerte par l'article 115, alinéa 6, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

En raison de ce vice fondamental, il est raisonnablement permis de considérer que la partie adverse a, comme l'invoque la requérante à l'appui de la première branche de son premier moyen, porté atteinte à la règle de l'intangibilité des offres, une fois celles-ci ouvertes par le pouvoir adjudicateur au jour qu'il a fixé. Au vu de cette conclusion, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs sur lesquels la requérante prend appui pour dénoncer une atteinte à la règle d'intangibilité des offres, cette atteinte étant ainsi établie à suffisance."

La règle de l'intangibilité s'applique donc tant aux soumissionnaires qu'au pouvoir adjudicateur.

Cette interdiction de contrevenir à l'intangibilité des offres reçoit néanmoins des exceptions.

"Il ne peut, par ailleurs, être dérogé à la règle d'intangibilité des offres que lorsque des dispositions spécifiques le permettent, lesquelles dispositions doivent toutefois recevoir une interprétation stricte à raison de leur caractère dérogatoire."

Ainsi, l'article 34 de l'A.R. passation secteurs classiques autorise le pouvoir adjudicateur à procéder à une rectification des offres.

En effet, il énonce que :

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

§ 2. Le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, sans que sa responsabilité ne soit engagée pour les erreurs qui n'auraient pas été décelées.

Afin de rectifier les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles relevées par lui dans les offres, le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre dans sa globalité et en comparant celle-ci aux autres offres ainsi qu'aux prix courants. S'il s'avère que suite à cette analyse de l'offre, cette intention n'est pas suffisamment claire, le pouvoir adjudicateur peut, dans le délai qu'il détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier et ce, sans préjudice de la possibilité de négocier lorsque la procédure le permet.

Lorsque, dans ce dernier cas, aucune précision n'est donnée ou que le pouvoir adjudicateur estime que la précision est inacceptable, il rectifie les erreurs en

fonction de ses propres constatations. Si cela ne s'avère pas possible, le pouvoir adjudicateur peut soit décider que les prix unitaires sont d'application, soit décider d'écarter l'offre comme irrégulière.

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

Il découle de cet article que des rectifications sont possibles dans deux occurrences, soit lorsqu'il y a une erreur dans les documents du marché, soit lorsqu'il y a une erreur dans l'offre.

Il faut constater que cet article 34 de l'A.R. passation secteurs classiques est précédé d'un article 33 qui, quant à lui, énonce que :

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

Cet article 33 de l'A.R. du 18 avril 2017 indique donc un phasage des opérations qui se déroule comme suit :

Dans un premier temps, le pouvoir adjudicateur procède à la rectification éventuelle des offres.

Dans un deuxième temps, il effectue la vérification des prix des offres.

Dans un troisième temps, il réalise un examen des prix en cas de suspicion de prix anormalement bas ou élevés. Lors de cet examen, le pouvoir adjudicateur invitera le soumissionnaire à fournir les justifications écrites des prix suspectés d'anormalité.

Il découle donc de ce phasage que la possibilité laissée au pouvoir adjudicateur de rectifier des erreurs présentes dans une offre prend fin au moment où débute la vérification des prix.

Ann Lawrence DURVIAUX a écrit que :

“La rectification des erreurs (et, le cas échéant, les précisions fournies par le soumissionnaire interrogé) a lieu avant la vérification du caractère normal du prix (et, le cas échéant, l'invitation du soumissionnaire à justifier le caractère apparemment anormal d'un prix) : les deux types de réponses ne devraient donc pas, contrairement à ce qui était parfois le cas sous le régime antérieur, se confondre.”

Le Conseil d'État a validé cette stricte interprétation des phases décrites *supra* :

“En vertu de l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le pouvoir adjudicateur peut, durant la phase de l'examen de la régularité des offres, procéder à la rectification des erreurs dans les opérations arithmétiques de même que des erreurs purement matérielles dans les offres.

...

En l'espèce, la partie adverse n'a pas décelé dans l'offre de la requérante d'erreur matérielle ou d'erreur dans les opérations arithmétiques et ne l'a donc pas invitée à préciser ou compléter son offre sans pouvoir la modifier au sens de l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Elle l'a, par contre, interrogée sur le caractère anormalement bas ou élevé de certains postes dans le cadre de l'étape ultérieure de contrôle des prix.”

À l'occasion de cet arrêt, le Conseil d'État rappelle à bon escient que la possibilité laissée à un pouvoir adjudicateur de corriger une offre d'un soumissionnaire doit s'interpréter dans la seule limite stricte de ce qui est prévu par la législation puisque cette possibilité de correction est dérogatoire au principe d'intangibilité des offres.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait interrogé le soumissionnaire quant à une éventuelle anormalité des prix.

À l'occasion de cette demande de justifications, le soumissionnaire avait invoqué une erreur matérielle.

Le Conseil d'État rappelle que lorsque l'on est entré dans cette phase d'examen des offres, la possibilité de rectification des offres laissées au pouvoir adjudicateur n'est plus ouverte.

Ce faisant, il ne fait que rappeler la teneur de l'article 33 de l'A.R. du 18 avril 2017.

En ce sens également, les auteurs de l'ouvrage "Le nouveau droit des marchés publics en Belgique" indiquent que :

"La vérification des prix doit intervenir après avoir rectifié les éventuelles erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres."

En l'espèce, on peut constater que l'auteur de projet a procédé à la vérification de la conformité des offres d'un point de vue formel (point 4.1. du rapport d'examen des offres – page 5/18).

Il a ensuite procédé à l'analyse des quantités modifiées par les soumissionnaires (point 4.3. du rapport d'examen des offres – page 10/18).

Il a opéré une vérification arithmétique des offres (point 4.4. du rapport d'examen des offres – page 10/18) lors de laquelle les modifications opérées aux offres l'ont été suite au rejet des modifications apportées au mètre par certains des soumissionnaires. L'offre de COLAS BELGIUM n'est pas impactée par cette vérification.

L'auteur de projet a, par après, recherché les éventuelles erreurs ou omissions dans les offres (point 4.5. du rapport d'examen des offres, page 10/18). Il n'en relèvera aucune.

Lors de l'examen des prix anormaux, l'auteur de projet interrogera notamment la société COLAS BELGIUM sur le poste G9111 et sur le poste G9101.

Lors de l'examen de la justification du prix apportée par COLAS BELGIUM, l'auteur de projet indique :

"Le P.U. est justifié en joignant l'offre reçue du sous-traitant. Une erreur semble s'être glissée dans le calcul du prix de la fourniture. Celle-ci a été corrigée par nos soins.

Le matériel affecté au travail est décrit.

Le rendement est précisé.

Le justificatif est cependant jugé complet suite à la production de ces différents éléments."

Il découle de cette mention que le pouvoir adjudicateur a opéré une correction d'un prix de fourniture, et par conséquent une correction de l'offre de COLAS BELGIUM, lors de la phase de vérification des prix anormaux, ce qui n'est pas autorisé par la lecture combinée des articles 33 et 34 de l'A.R. passation secteurs classiques.

Sans cette correction, opérée *contra legem*, la justification du prix unitaire vérifié n'aurait pu être acceptée.

L'offre de COLAS BELGIUM aurait donc été rejetée sans cette correction.

En cas de rejet de l'offre de COLAS BELGIUM, l'offre de KRINKELS aurait été classée première, ce qui démontre l'intérêt au moyen de KRINKELS.

Au vu de ce qui précède, le premier moyen est sérieux. »

À l'audience, la requérante demande au Conseil d'État de vérifier, au regard des pièces confidentielles du dossier administratif, les explications fournies par la partie adverse dans sa note d'observations, selon lesquelles aucun prix unitaire repris dans l'offre de l'attributaire du marché n'a été corrigé. Elle fait valoir qu'en toute hypothèse, le rapport d'analyse des offres est affecté d'un vice de motivation formelle, dès lors qu'il mentionne qu'une telle correction a bien été effectuée.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans sa note d'observations, la partie adverse explique que, lors de la vérification arithmétique des offres, elle a, conformément à l'article 34 de l'arrêté

royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, corrigé le montant des prix globaux de quatre offres, en ce compris celle de l'attributaire du marché, que cette correction résulte uniquement de la vérification, pour chaque offre, des résultats obtenus en additionnant tous les prix des postes du métré, qu'en effectuant cette addition, elle a notamment constaté que le prix global de l'offre de l'attributaire du marché n'était pas de 2.783.749,92 euros HTVA, comme indiqué dans l'offre, mais de 2.784.876,29 euros HTVA, que, par erreur, le prix global corrigé n'est pas repris dans le tableau qui illustre cette vérification arithmétique, mais seulement dans le tableau final du rapport d'analyse des offres ainsi que dans la décision d'attribution attaquée, qu'aucune modification des prix unitaires n'a été opérée par la partie adverse dans l'offre de l'attributaire du marché et que la correction du prix global de cette offre ne résulte pas du contrôle des prix anormaux, comme le soutient la requérante, mais d'une rectification de l'offre « en fonction des erreurs dans les opérations arithmétiques », conforme aux prévisions de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et effectuée avant le contrôle des prix de cette offre. Elle ajoute que la « correction » dont il est fait mention à l'occasion de l'analyse des justifications des prix pour les postes G9111 et G9101 n'a conduit à aucune modification des prix unitaires relatifs à ces postes et qu'il s'agissait uniquement de rectifier un élément de la justification donnée pour le prix du poste G9111 à la suite d'une erreur dans le calcul du prix d'achat des fournitures, commise par l'attributaire du marché en divisant le montant total de ce prix par le nombre de m² prévu au métré pour ce poste. Elle explique que cette erreur de calcul conduisait à ce que le prix justifié par l'attributaire du marché soit légèrement inférieur au prix unitaire à justifier repris dans l'offre et qu'après correction de cette erreur, le prix justifié correspondait, au cent près, au prix à justifier, ce qui lui a permis de conclure au bien-fondé de la justification du prix unitaire attaché à ce poste.

Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, les explications fournies par la partie adverse dans sa note d'observations se vérifient à la lecture des pièces (confidentielles) du dossier administratif. Il n'apparaît, en tout cas pas, de ces pièces qu'une correction des prix unitaires aurait été effectuée par la partie adverse à l'occasion du contrôle des prix de l'offre de l'attributaire du marché.

En ce qu'il affirme le contraire, le moyen manque *prima facie* en fait.

La requérante soutient, pour la première fois en termes de plaidoiries, que le rapport d'analyse des offres auquel renvoie la décision d'attribution attaquée serait entaché d'un vice de motivation formelle. Ce grief est nouveau et partant irrecevable.

Le premier moyen n'est pas sérieux, sans qu'il soit nécessaire d'examiner, à ce stade, d'autres causes éventuelles de rejet.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la violation de la Constitution, notamment ses articles 10 et 11, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment ses articles 81 et 84, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment ses articles 33, 35, 36, 76 et 87, 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, notamment ses articles 4, 5, 8 « éventuellement rendus applicables par l'article 29 », de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment ses articles 2 et 3, des principes généraux du droit, notamment du principe de bonne administration, du devoir de minutie ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir considéré que les justifications apportées par l'attributaire du marché pour les prix des postes H1001 et H1002 lui permettaient de lever le soupçon d'anormalité affectant ces prix et de conclure à la régularité de l'offre de celui-ci. Elle expose que le motif qui se réfère exclusivement à la production de l'offre d'un sous-traitant ne permet pas de comprendre les raisons qui ont conduit la partie adverse à admettre ces prix en dépit de leur apparente anormalité. Selon elle, la partie adverse ne pouvait accepter une justification d'un prix anormal sur la seule base de la production d'une offre d'un sous-traitant, ce dernier élément ne pouvant justifier en soi de la normalité d'un prix. Elle en déduit que l'offre de l'attributaire du marché aurait dû être écartée pour irrégularité substantielle.

Elle développe son argumentation comme il suit :

- « Le rapport d'examen des offres renseigne que, suite à la vérification arithmétique des offres, et à l'analyse des erreurs et des omissions, le pouvoir adjudicateur a procédé à la vérification des prix.
Dans le cadre de cette vérification des prix, le pouvoir adjudicateur a considéré que certains postes présentaient une apparence d'anormalité.
Il a ainsi invité la société COLAS BELGIUM à justifier de la normalité des prix des postes :
- G9111 et G9101 ;
 - E1220-DR ;
 - H1001 et H1002 ;
 - O4193 ;
 - O7137 et O7243

En ce qui concerne les postes H1001 et H1002, le rapport d'examen précise :
“Le P.U est justifié en joignant l'offre reçue du sous-traitant.

Le justificatif est jugé complet suite à la production de ces différents éléments”.

Votre Conseil a décidé récemment

“Lorsque le pouvoir adjudicateur juge nécessaire d’inviter un soumissionnaire à justifier certains prix, la décision de ne pas considérer comme □anormal□ le prix d’une offre doit faire l’objet d’une motivation précise, faisant ressortir la réalité, l’exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels le pouvoir adjudicateur s’est fondé pour décider que des prix apparemment anormaux ne le seraient en définitive pas. Il en va d’autant plus ainsi que le pouvoir adjudicateur dispose en la matière d’un large pouvoir d’appréciation, dont le corollaire est une obligation de motivation étendue.

...

Sans doute, ne pourrait-il être reproché à la motivation de ne pas rendre compte de toutes les précisions que contiendraient les explications données par les soumissionnaires, si certaines d’entre elles devaient relever du secret des affaires et bénéficier, à ce titre, de la confidentialité.

Ceci étant, la partie adverse ne peut se borner à livrer une motivation à ce point laconique qu’elle ne permette pas de vérifier qu’elle a analysé avec soin les justifications reçues et de comprendre les raisons pour lesquelles elle a admis ces justifications.

À défaut de connaître plus précisément les raisons qui ont conduit à décider de la normalité des prix proposés, la requérante n’a, comme elle le soutient, pas été mise en mesure d’apprécier, dans la perspective de l’exercice d’un éventuel recours, si la partie adverse a pu méconnaître les principes et dispositions applicables en l’espèce. Ce faisant, la partie adverse n’a pas satisfait à l’obligation de motivation formelle qui lui incombait en adoptant l’acte attaqué. Les explications produites *a posteriori* par les parties adverse et intervenante pour justifier, dans le cadre de la présente procédure, la normalité des prix des offres sont tardives et ne peuvent suppléer le défaut de motivation qui affecte l’acte attaqué.”

En l’occurrence, on peut constater que la partie adverse se borne à motiver la normalité du prix unitaire suspecté initialement d’anormalité par la réception de l’offre du sous-traitant.

Cette seule motivation ne peut répondre aux obligations qui incombent à la partie adverse en la matière :

“Lorsque le pouvoir adjudicateur juge nécessaire d’inviter un soumissionnaire à justifier certains prix, la décision de ne pas considérer comme □anormalement bas□ les prix de l’offre doit faire l’objet d’une motivation précise, faisant ressortir la réalité, l’exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels le pouvoir adjudicateur a fondé cette décision. Il en va d’autant plus ainsi que le pouvoir adjudicateur dispose en la matière d’un large pouvoir d’appréciation, dont le corollaire est une obligation de motivation étendue.

En l’espèce, le rapport d’analyse des offres, que l’acte attaqué déclare faire sien, justifie les prix □paraissant anormalement bas□ des postes 6, 8 et 17 du métré en mentionnant trois éléments qu’a fait valoir la société Tegec.

Sans doute, ne peut-il être reproché à cette motivation de ne pas rendre compte de toutes les précisions que contenaient les explications données par la société Tegec, si certaines d’entre elles pouvaient relever du secret des affaires et bénéficier, à ce titre, de la confidentialité.

Force est toutefois de constater que cette motivation se borne à faire état des seules justifications apportées par la société Tegec et que la première partie adverse fait siennes, mais ne permet pas de comprendre les éléments qui dans cette justification ont précisément déterminé la première partie adverse à décider que les prix proposés étaient admissibles en dépit de leur apparente anormalité.

Ainsi, la référence que le rapport d’analyse des offres fait à la justification relative aux □réductions sur les prestations [du] sous-traitant□, sans apporter aucune précision sur les éléments permettant au sous-traitant d’offrir de telles réductions, ne permet pas de comprendre la raison pour laquelle certains prix

de la SPRL Tegec qui apparaissaient anormalement bas sont finalement tenus pour normaux.

Exiger davantage de précisions quant à ces réductions ne revient pas à obliger l'autorité à expliciter les motifs de sa décision, mais à exposer les éléments essentiels qui permettent de saisir les raisons qui ont justifié son adoption. Par ailleurs, les parties adverses pouvaient résumer la teneur des explications fournies par la SPRL Tegec, sans devoir divulguer les données spécifiques relevant, le cas échéant, du secret des affaires."

En l'espèce, on ne comprend pas, à la lecture du rapport d'examen des offres, comment le soupçon d'anormalité du prix des postes H1001 et H1002 a pu être levé à la seule production de l'offre reçue du sous-traitant.

Or, à défaut d'avoir pu justifier de manière complète la normalité de son prix, COLAS BELGIUM aurait dû voir son offre être considérée comme irrégulière :

"L'objectif du contrôle des prix anormaux et des dispositions qui l'organisent est double : d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics ; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements contraires à une saine concurrence et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence.

C'est donc au regard de ce double objectif que le pouvoir adjudicateur, lorsque cela est précisément contesté par l'un des soumissionnaires, doit pouvoir raisonnablement établir qu'il a bien procédé au contrôle des prix anormaux et ce, dans le respect des principes qui viennent d'être rappelés. Cet objectif impose, par ailleurs, d'interpréter les dispositions précitées en ce sens qu'est affectée d'une irrégularité substantielle imposant de l'écarter, l'offre comportant des prix unitaires apparemment anormaux, pour lesquels le soumissionnaire concerné n'a pu, en réponse à la demande du pouvoir adjudicateur, donner des justifications estimées suffisantes par celui-ci."

Il ressort de ce qui précède que d'une part, la partie adverse a manqué à son obligation de motivation, les éléments repris dans le rapport d'examen des offres ne permettant pas de comprendre les raisons pour lesquelles, à la seule production de l'offre du sous-traitant, les soupçons d'anormalité d'un prix unitaire ont été levés.

D'autre part, outre la violation de son obligation de motivation, la partie adverse s'est également manifestement méprise en acceptant une justification d'un prix anormal sur la seule base de la production d'une offre d'un sous-traitant, ce dernier élément ne pouvant justifier en soi de la normalité d'un prix.

Il en découle que le second moyen est sérieux. »

À l'audience, la requérante insiste sur le fait qu'il n'est pas possible, à la lecture de la décision d'attribution attaquée, de comprendre les motifs qui ont conduit la partie adverse à admettre les prix remis par l'attributaire pour les postes H1001 et H1002. Elle fait valoir que les explications fournies par la partie adverse dans sa note d'observations ne sont pas reprises dans l'acte attaqué et affirme que si elle avait reçu toutes ces explications en temps utile, elle n'aurait peut-être pas introduit le présent recours.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de procéder à la vérification des prix des offres et lui permet de demander aux soumissionnaires les indications nécessaires à cette fin. Les articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques précisent la manière dont la vérification des prix et des coûts doit s'opérer. En cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, le pouvoir adjudicateur est, sauf pour les postes négligeables, tenu d'interroger le soumissionnaire et doit, le cas échéant, lui soumettre les données qui ne viennent pas de lui afin de lui permettre d'y réagir.

L'objectif de la réglementation sur le contrôle des prix est double : d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que les prix proposés garantissent une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires et exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics ; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements qui y sont contraires et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence.

Le pouvoir adjudicateur dispose d'une large marge de manœuvre tant pour détecter des prix apparemment anormaux et demander les informations et justifications nécessaires au soumissionnaire concerné que pour apprécier la validité et la pertinence de celles-ci.

Lorsque le pouvoir adjudicateur juge nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier certains prix qui lui semblent anormaux, la décision de ne pas les considérer comme tels doit faire l'objet d'une motivation précise, faisant ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels le pouvoir adjudicateur a fondé sa décision. L'obligation de motivation formelle, à laquelle l'autorité est tenue, doit notamment permettre aux destinataires d'une décision de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à l'adopter, vérifier que celle-ci s'est livrée à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire et apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont ils peuvent disposer. En principe, seuls les motifs exprimés dans l'acte administratif peuvent être pris en considération, cette exigence devant toutefois se comprendre de manière raisonnable et n'empêchant pas d'avoir égard aux éléments contenus dans le dossier administratif, lesquels viendraient dans le prolongement des motifs exprimés dans l'acte, tout en éclairant la portée de ceux-ci.

En l'espèce, la partie adverse a demandé à l'attributaire du marché de justifier ses prix pour les postes H1001 et H1002 relatifs aux deux produits « lame en acier auto-patinable » et « profil L en acier auto-patinable », car les prix unitaires proposés pour ces deux postes lui semblaient anormalement élevés. Après vérification du tableau comparatif des prix et du mètre de l'offre de l'attributaire du marché, il apparaît, en effet, que les prix proposés par celui-ci pour ces postes présentent des montants très supérieurs à l'estimation initiale.

Le rapport d'analyse des offres motive comme suit l'admission des justifications relatives aux prix de l'offre de l'attributaire pour ces deux postes :

« [...] »

H1001* et H1002*	Lame et profil L en acier auto-patinable (corten)	Le P.U. est justifié en joignant l'offre reçue du sous-traitant. Le justificatif est jugé complet suite à la production de ces différents éléments.
------------------------	--	--

[...] ».

Il apparaît des pièces du dossier que « l'offre reçue du sous-traitant » correspond aux prix d'achat des lames en acier auto-patinable et des profils L en acier auto-patinable obtenus par l'attributaire du marché auprès de son fournisseur et que ces prix d'achat couvrent une partie substantielle des prix unitaires des deux postes H1001 et H1002, dont l'attributaire détaille par ailleurs tous les éléments (machines et ouvriers nécessaires pour la pose, prix d'achat des matériaux auprès du fournisseur, frais généraux, marge bénéficiaire, CRR, etc.). En l'occurrence, ce sont bien les prix d'achat des fournitures « lame et profil L en acier auto-patinable » qui expliquent les prix élevés pour ces deux postes. Or, comme l'indique le rapport d'analyse des offres, ces prix d'achat sont confirmés par « la production de l'offre du sous-traitant ».

En outre, la décision motivée d'attribution indique ce qui suit :

« [...] »

Considérant donc l'offre régulière la plus avantageuse sur base d'un critère unique de prix soit celle de Colas Belgium (BE 0434.888.612) ayant son siège social Avenue Antoon van Oss 1/28A à 1120 Bruxelles, et ce pour le montant d'offre contrôlé de 2.784.876,29€HTVA 3.369.700,31€TVAC ;

Considérant que ce montant représente en effet une augmentation de +- 45% par rapport à l'estimation du marché ;

Considérant que l'auteur de projet a été questionné sur cette différence et que son avis est le suivant:
 "(...)Concernant votre question au sujet de l'écart entre l'estimation et les propositions d'adjudication, nous avons pu remarquer à partir de l'automne 2021 une hausse des prix des adjudications de l'ordre de 25% à Bruxelles et en Wallonie. Ces hausses sont consécutives à la crise sanitaire du Covid-19. L'augmentation du coût des matériaux se fait surtout sentir pour ceux issus de production hors Europe (métaux, produits issus du pétrole tels que les PVC utilisés pour les réseaux d'égouttage, bois) mais également pour les pierres naturelles (peu importe leurs origines). A titre d'exemple, le prix de l'acier a été multiplié par 3, celui des pierres naturelles par 4. Vous noterez d'ailleurs que la plupart des prix anormaux que nous avons questionné concernent ce type de matériaux."

[...] ».

Par ces explications, l'auteur du projet confirme l'augmentation sensible du prix de certains types de matériaux, en ce compris les prix demandés pour la fourniture des lames et profil L en acier auto-patinable visés aux postes H1001 et H1002, « le prix de l'acier [ayant] été multiplié par 3 ».

Les motifs du rapport d'analyse des offres, combinés aux explications fournies par l'auteur du projet dans la décision motivée d'attribution, permettent de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a finalement considéré comme normaux les prix des postes H1001 et H1002. Ils confirment que la partie adverse s'est livrée à un examen concret et effectif des justifications données par l'attributaire du marché et que celle-ci a, à tout le moins, vérifié que les prix proposés ne constituaient pas une charge exorbitante pour elle et ainsi écarter le risque de spéculation. Pour le reste, un prix apparemment anormalement élevé ne fait *a priori* pas craindre que le soumissionnaire qui l'a proposé ne serait pas en mesure d'exécuter les obligations qui découlent du cahier spécial des charges. De même, lorsqu'est vérifié un prix anormalement haut, la question de l'égalité entre les soumissionnaires et celle de la libre concurrence ne se posent pas avec la même acuité. Dans cette hypothèse, il semble qu'une attitude plus flexible du pouvoir adjudicateur dans l'acceptation des justifications de prix puisse être autorisée et, dans la foulée, une motivation plus succincte des raisons qui l'ont déterminé à décider que certains prix qui apparaissent anormalement hauts sont finalement tenus pour normaux. Il ne peut, par ailleurs, être reproché à la motivation de ne pas rendre compte de toutes les précisions que contiennent les explications données par l'attributaire du marché, dont certaines d'entre elles relèvent du secret des affaires et bénéficient, à ce titre, de la confidentialité.

Enfin, la requérante ne démontre pas qu'en acceptant les justifications remises par l'attributaire du marché pour les prix des deux postes H1001 et H1002, la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ou que l'offre de l'attributaire du marché devait être écartée pour irrégularité substantielle en raison de prix unitaires apparemment anormaux pour lesquels ce dernier n'a pas pu donner de justifications suffisantes.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VI. Confidentialité

La requérante indique déposer son offre à titre confidentiel et à l'attention unique du Conseil d'État, de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et

à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit des pièces A1 et A2 annexées à la requête.

La partie adverse dépose, à titre de pièces confidentielles, les offres déposées par les soumissionnaires du marché, les courriers de justifications des prix envoyés par les soumissionnaires, un tableau comparatif des prix des offres et une attestation de l'auteur du projet du 16 juin 2022. Il s'agit des pièces confidentielles inventoriées A à L du dossier administratif.

Ces dépôts « à titre de pièces confidentielles » n'étant pas contestés, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

VII. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure au montant de base 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.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A1 et A2 annexées à la requête ainsi que les pièces A à L du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 22 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 7 juillet 2022, par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret