CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 254.296 du 26 juillet 2022

A. 236.718/VI-22.376

En cause : **la société anonyme NELLES FRÈRES**,
ayant élu domicile chez
M^es^ Frédéric POTTIER et
Norman NEYRINCK, avocats,
boulevard d'Avroy 280
4000 Liège,

contre :

la société coopérative intercommunale SPI,
ayant élu domicile chez
M^e^ Jean-François JAMINET, avocat,
rue Doumier 159
4430 Ans.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 29 juin 2022, la SA Nelles Frères demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision "Marché de Travaux - Procédure ouverte - Dossier n° 2021-1693 -Parc d'activités économiques de Waremme - Long Rena – Phase 2 et 3 - Approbation de l'attribution", prise par le Bureau exécutif de la SPI en date du 1^er^ juin 2022 ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 30 juin 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 juillet 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^ Norman Neyrinck, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Hanna Bouzekri, *loco* M^e^ Jean-François Jaminet, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Marie Lambert de Rouvroit, auditeur adjoint au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

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

« 1. Afin d'aménager un nouveau parc d'activités à Waremme, la SPI élabore et publie un Cahier des charges n° 2021-1693 relatif à un marché public de travaux en procédure ouverte. Il a pour objet "Parc d'activités économiques de Waremme - Long Rena - Phases n° 2 et 3" (…).

Il s'agit d'un marché conjoint où la SPI, pouvoir adjudicateur, exécute la procédure et agit aussi au nom de la S.A. RESA ainsi que du SPW-MI - Direction des Routes de Liège.

Il fait l'objet de deux avis de marchés :

- un avis de marché 2021/S 238-626104 paru le 8 décembre 2021 au *Journal Officiel de l'Union Européenne*;
- un avis de marché 2021-547882 paru le 3 décembre 2021 au niveau national.

2. La partie requérante, la S.A. NELLES FRERES (…) remet offre le 13 novembre 2022, pour un montant de 6.683.405,78 EUR HTVA (ou 8.086.920,99 EUR, 21% TVAC) (…).

De l'acte attaqué, il ressort que la S.A. NELLES FRERES :

- remplit les conditions de sélection qualitative des soumissionnaires;
- est, après correction des offres, la moins-disante, devant la société COLAS BELGIUM, deuxième pour un montant de 8.101.272,25€ HTVA ou 9.802.539,42 € TVAC.

3. En cours de procédure, deux justifications de prix sont demandées à la partie requérante pour certains postes.

La première demande de justification est adressée à la S.A. NELLES FERES par un courrier du 17 février 2022. Elle est rédigée comme suit (…) :

“ L'examen des offres déposées dans le cadre de la procédure sous rubrique est en cours. Lors de la vérification des prix, il est apparu que le montant total de votre offre s'écarte d'au moins 15 % en-dessous de la moyenne calculée conformément à l'article 36, § 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

En vertu de cette disposition, le montant total de votre offre est présumé anormal et exige la vérification des prix par le pouvoir adjudicateur.

Conformément à l'article 36 dudit arrêté, nous vous invitons dès lors à fournir les justifications écrites nécessaires sur la composition de votre prix et en particulier pour les postes suivants :

- Postes présumés anormalement bas : n° 172, 174, 288, 321, 335, 341, 343, 344, 345, 423 et 435 des travaux à charge de la SPI et n° P1513* - Tuyau PN 10, diamètre DN = 150 mm des travaux à charge de la SWDE;
- Postes présumés anormalement hauts : n° 181 et 183 des travaux à charge de la SPI.

Pour rappel, vos 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;
- L'obtention éventuelle d'une aide publique octroyée légalement; etc. ” (…).

4. La S.A. NELLES FRERES fournit une première série de justifications dans une réponse du 28 février 2022 (…).

5. La SPI réclame une seconde série de justifications complémentaires par courrier du 25 mars 2022 (…). Elle comprend notamment la demande suivante :

“ Par ailleurs. nous avons relevé dans les justifications des prix unitaires des postes pour lesquels nous vous avions demandé des justifications des coûts horaires variables suivant les postes. Tel est le cas concernant le coût horaire des ouvriers chauffeurs (39,50 € aux postes n° 172 et 423, 48,40 € au poste n° 321 et 46,74 € aux postes n° 181 et 183), du rouleau 12 T (8,00 € au poste n°174 et 27,38 € au poste n° 288) et de la pelle sur chenille 18 T (35,30 € aux postes n° 341, 344, 345, 423 et P1513* et 39,50 € au poste n° 343).

Nous vous invitons à justifier ces de coûts horaires variables d'un poste à l'autre. De façon générale, les rendements présentés dans ces justifications sont très élevés et, plus particulièrement, en ce qui concerne les postes n° 172,174, 288. 341, 343 à 345, P1513*.

Nous vous invitons à justifier ces rendements au regard du personnel et des machines prévues, mais aussi des m^2 ou m^3 à mettre en œuvre.

Enfin, vous justifiez un prix unitaire de 30 € pour le poste n° P1513*, Or, le prix unitaire remis s'élève à 40 €. Nous vous invitons donc à re-justifier ce poste ”.

6. NELLES FRERES y répond par un courrier du 5 avril 2022 (…), rédigé comme suit :

“ La présente fait suite à votre demande d'informations complémentaires de vérification des prix et des coûts notifiée le 25 mars 2022 dans le cadre du marché sous rubrique.

À cet égard, nous tenons à rappeler les éléments suivants par rapport à notre offre :

- Nous disposons d'un bureau d'études et de géomètre en interne;
- Nous maîtrisons une grande partie des coûts de par le fait que nous disposons de 4 centrales à béton;
- Nous avons la capacité de réaliser tous les éléments linéaires en béton en interne par nos équipes.

Ces différents éléments d'internalisation nous permettent d'avoir une meilleure maîtrise des coûts qui se répercutent donc au bénéfice du pouvoir adjudicateur sur le montant global de notre offre.

À titre préliminaire, il nous semble également important de rappeler que nous sommes tenus aux exigences reprises dans les clauses techniques du QUALIROUTE qui s'imposent à nous quant aux matériaux à mettre en œuvre ainsi qu'aux méthodes à mettre en application afin de délivrer un résultat conforme à nos obligations. Il nous semble donc difficile de parler ici d'innovation afin de pouvoir justifier nos tarifs.

Nous vous rappelons néanmoins que l'article 35, § 2 de l'Arrêté Royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et la liste de justifications mentionnées l'est à titre exemplatif dans le texte.

Vous trouverez également en annexe à la présente des références à d'autres chantiers réalisés par nos soins. Pour ces chantiers, des tarifs similaires ont été fournis (hormis l'indexation des coûts éventuelle) et des rendements similaires ont été réalisés. Nous vous joignons également en annexe les attestations de bonne exécution des différents chantiers.

Nous sommes donc en parfaite concordance avec les tarifs communiqués qui sont dans la norme des prix du marché rendus en référence à l'état de la technique. Il se peut néanmoins que certains autres soumissionnaires aient rendu des tarifs qui seraient anormalement élevés pour certains postes.

a) Demande de justification des prix horaires individuels :

Vous trouverez, dans la présente, les différentes explications données concernant les différences de prix unitaires mentionnées.

Vous constaterez ici que les différentes rectifications apportées permettent de répondre aux justifications demandées.

En tout état de cause, il y a également lieu d'estimer que ces différents postes sont négligeables au sens de l'article 36, § 3 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Cependant, nous restons bien entendu à votre disposition pour toute information complémentaire que vous jugeriez utile.

i. Postes 174 et 288

Une erreur s'est glissée dans le report des chiffres du prix unitaire du rouleau 12T au poste 288. En effet, lors du remplissage du tableau, le prix unitaire a été mal encodé.

Le prix unitaire correcte est de 27,38 EUR tel qu'il ressort clairement du poste 174.

Pour le poste 288, le prix unitaire du rouleau 12T et donc de 27,38 EUR HTVA de l'heure et donc de 219,04 EUR par jour. (Voir justificatif adapté en annexe)

ii. Postes 341, 343, 344, 345, 423 et P1513*

Une erreur s'est glissée dans le report des chiffres du prix unitaire de la pelle sur chenilles 18T au poste 343. En effet, lors du remplissage du tableau, le prix unitaire des ouvriers a été reporté par erreur.

Le prix unitaire correct est de 35,30 EUR tel qu'il ressort clairement des postes 341, 344, 345, 423 et P1513*.

Pour le poste 343, le prix unitaire la pelle sur chenilles 18T est donc de 35,50 EUR HTVA de l'heure et donc de 282,40 EUR par jour.

(Voir justificatif adapté en annexe)

iii. Postes 172, 181, 183, 321 et 423

Le prix unitaire correct pour les ouvriers chauffeurs est de 39,50 EUR HTVA de l'heure comme indiqué aux postes 172 et 423.

Concernant le poste 321, une inversion des prix unitaires des deux lignes a été faite. Le prix unitaire horaire pour l'ouvrier chauffeur est donc de 39,50 EUR HTVA tandis que le prix unitaire pour le poste 'déplacement machine < 30T' est de 48,40 EUR HTVA.

Concernant les postes 181 et 183, nous confirmons le taux horaire de 39,50 EUR HTVA. Il s'agit en l'espèce d'une erreur matérielle lors de l'introduction des données chiffrées dans le tableur. En l'espèce, cette erreur n'a pas d'impact sur le prix unitaire global qui reste similaire. Nous confirmons donc un prix unitaire de 15 EUR HTVA/m^3 pour le poste 181 et le 5 EUR HTVA/m^3 pour le poste 183.

(Voir justificatif adapté en annexe)

iv. Poste p1513*

Une erreur s'est glissée dans le report des chiffres du prix unitaire de ce poste. En effet, lors du remplissage du tableau, le prix unitaire a été encodé à 30,00 € au lieu de 40,00 €.

Le rendement a été adapté justifiant le prix unitaire déposé.

(Voir justificatif adapté en annexe)

b) Demande de justification du rendement :

Les rendements des postes n° 172, 174, 288, 341, 343 à 345 et p1513* sont élevés, mais peuvent tout à fait être réalisés au vu des quantités à réaliser, de la topographie et de la situation du site des travaux.

Nous disposons des équipes, du matériel, centre d'exploitation, ouvriers et centrales à béton qui nous permettent d'exécuter le marché dans les conditions normales et à un prix global raisonnable nous permettant de dégager une marge bénéficiaire suffisante pour ce type de travaux.

Par conséquent, en vue de justifier les rendements repris dans l'offre, nous tenons à insister sur les éléments suivants :

- Nous disposons de 4 centrales à béton qui nous permettent donc de procéder à une optimisation du processus de production et du rendement. En effet, nous sommes donc prioritaires et pouvons donc maîtriser les temps d'attentes sur place.

  Ces centrales à bétons sont toutes pourvues des camions mixer de sorte que le coût du transport en interne est encore une fois réduit et que cette flotte de camions nous permet de gérer les arrivées de bétons sur le chantier de la meilleure des manières.

- Nous disposons également des équipements SLIPFORM nécessaires à la réalisation de tous les éléments linéaires en béton qui sont donc réalisés par nos équipes. Ceci nous permet donc d'adapter la production à nos besoins et d'en maîtriser les coûts. Cette optimisation de la production a donc un impact tant sur le rendement journalier, mais également sur les coûts de production.

- De plus, nous disposons d'une flotte de machines récentes mise à disposition du chantier.

  En effet, la technologie GPS des machines est à la pointe, mais également en ce qui concerne les processus d'automatisation qui permettent aux opérateurs de gagner un temps considérable sur le chantier.

- En outre, chaque Dumper dispose d'une capacité de chargement de 12 m^3 au vu des distances à parcourir pour chaque chargement et du nombre de Dumper mis à disposition sur le chantier, à savoir 3 dumpers de sorte que chaque véhicule à une capacité de transport journalière de 710 m^3 est atteinte. Par conséquent, les rendements mentionnés sont donc bien justifiés et tenables.

- Enfin, nous tenons également à insister sur la présence de notre bureau d'études interne et de notre service de géomètre. Ces deux éléments nous permettent donc d'avoir une parfaite connaissance du chantier, de ses contraintes ainsi que des travaux à effectuer de sorte que les rendements annoncés le sont en parfaite connaissance de cause.

En conséquence, les rendements mentionnés sont corrects et les moyens nécessaires à leur mise en œuvre sont apportés au présent marché.

Nous restons bien entendu à votre disposition pour tout éventuel complément d'information et espérons pouvoir prochainement conclure ce marché à vos services à l'entière satisfaction de toutes les parties".

7. Malgré ces justifications, l'acte attaqué considère l'offre de la S.A. NELLES FRERES irrégulière, pour les motifs qui suivent (…) :

2.4. EXAMEN DES PRIX

2.4.1. Examen du prix global des offres

Par rapport à la moyenne des offres déposées au sens de l'art. 36 § 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017
Le calcul de la moyenne des offres déposées, 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'établit de la manière suivante :
Nombre d'offres déposées par des soumissionnaires sélectionnés : 4
La moyenne est calculée en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée.

Moyenne HTVA obtenue : 8.185.998,27 EUR.

Seule la soumission de l'entreprise NELLES FRERES s'écarte de plus de 15 % par rapport à cette moyenne. Le prix global de l'entreprise NELLES FRERES apparait donc comme anormalement bas au sens de l'article 36 § 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Il y a lieu de demander à l'entreprise de justifier ce montant global.

L'entreprise a été interrogée notamment à ce sujet par courrier du 17 février 2022. Elle y a répondu par son courrier du 28 février 2022. Les justifications n'étant pas suffisantes, l'entreprise a été réinterrogée notamment à ce sujet par courrier du 25 mars 2022. L'entreprise y a répondu par son courrier du 6 avril 2022.

Dans son courrier du 25 mars 2022, SPI rappelle que les justificatifs doivent être précis et porter sur des éléments objectifs.

Le 6 avril 2022, la SA NELLES FRERES invoque :

- Disposer d'un bureau d'études et de géomètre en interne,
- Disposer de 4 centrales à béton permettant une maîtrise des coûts,
- Être à même de réaliser les éléments linéaires en béton en interne.

De telles généralités ne peuvent suffire à justifier concrètement un prix global inférieur de plus de 15 % de la moyenne.

C'est ce que confirme le Conseil d'État dans un arrêt n° 250.3012 [lire : n° 250.312] du CE du 08.04.21 :

"Il ressort du rapport d'examen des offres que la partie adverse a procédé à l'examen du prix global de l'offre du groupement SSM Bodarwé- SSM Wust Serbi [...]

Lorsque, comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à l'examen du montant global d'une offre en vertu de l'article 36, § 4, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité, l'appréciation qui le conduit à écarter le soupçon d'anormalité déduit de cette disposition doit faire l'objet d'une motivation précise, de laquelle doivent dûment ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels est fondée la décision de ne pas considérer le prix global de cette offre comme étant anormalement bas.
Il ressort de la motivation contenue dans le rapport d'examen des offres que le pouvoir adjudicateur retient, pour établir la normalité du prix de l'offre du groupement SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi, la proximité géographique des installations de production et la circonstance que ces installations font 'partiellement ou totalement partie du groupement'.
[…]

S'il n'est pas invraisemblable que les éléments de justification du prix global tenant à la proximité de l'entreprise et à la circonstance que des installations de production font 'partiellement ou totalement' partie du groupement puissent être de nature à réduire certains frais, il n'en demeure pas moins que la seule allégation de ces éléments, qui ne se traduit en chiffres ni dans la motivation ni d'une manière spécifique dans les pièces du dossier, paraît insuffisante pour justifier la normalité du prix global ".
(CE n° 250.3012 [lire n° 250.312] du 08.04.21, SA NELLES FRERES).

La SA NELLES FRERES fournit par ailleurs des attestations de bonne exécution pour des travaux pour lesquels elle prétend avoir pratiqué des tarifs et rendements similaires.

Outre que cette affirmation n'est accompagnée d'aucune pièce justificative, la vérification des prix doit permettre à l'adjudicateur de s'assurer que le marché concerné pourra effectivement être réalisé pour le prix offert.

La référence à d'autres marchés, qui ont chacun leurs spécificités, est dans ce cadre sans pertinence.

Le prix global n'est donc pas justifié par des éléments concrets qui permettraient de lever le soupçon d'anormalité.

Cela constitue une irrégularité substantielle entraînant la nullité de l'offre.

2.4.2. Vérification des prix unitaires

Méthodologie de l'analyse des prix unitaires :

Examen des prix unitaires :
- La moyenne des prix unitaires a été calculée sur les prix unitaires des offres;
- Le poids du poste a été calculé sur base des prix unitaires et du montant total de l'offre considérée;

Les postes dont le poids est estimé significatif, c'est-à-dire dont le poids est supérieur ou égal à 0,5 %, sont sélectionnés,

Sur cette base, les postes présentant un prix unitaire s'écartant de plus de 15 % de la moyenne ont été analysés. De ces postes, seuls ceux présentant un caractère particulièrement bas ou haut ont été retenus pour questionnement.

Par ailleurs, les prix unitaires des postes, dont il ressort qu'ils peuvent compromettre l'exécution des obligations résultant du cahier des charges, la qualité technique des travaux et la stabilité financière du marché, sont analysés également.

Sur base de cette méthodologie, les 4 entreprises ont été interrogées.

1. NELLES FRERES S.A.

Une demande de justification des prix unitaires des postes suivants a été adressée à la SA NELLES FRERES par lettre recommandée datée du 17 février 2022 :

- Postes présumés anormalement bas : n° 172, 174, 288, 321, 335, 341, 343, 344, 345, 423 et 435 des travaux à charge de la SPI et n° P1513* des travaux à charge de la SWDE;
- Postes présumés anormalement hauts : n° 181 et 183 des travaux à charge de SPI. Par son courrier daté du 28 février 2022, la SA

NELLES FRERES a transmis la justification demandée dans les délais impartis.

Des coûts horaires variables pour des tâches et fonctions identiques ont été relevés dans différents postes. Tel est le cas concernant le coût horaire des ouvriers chauffeurs (39,50 € aux postes n° 172 et 423, 48,40 € au poste n° 321 et 46,74 € aux postes n° 181 et 183), du rouleau 12 T (8,00 € au poste n° 174 et 27,38 € au poste n° 288) et de la pelle sur chenille 18 T (35,30 € aux postes n° 341, 344, 345, 423 et P1513* et 39,50 € au poste n° 343). Par courrier 25 mars 2022, l'entreprise a été invitée à justifier ces coûts horaires variables d'un poste à l'autre.

Par ailleurs, de façon générale, les rendements présentés dans ces justifications sont très élevés et, plus particulièrement, en ce qui concerne les postes n° 172, 174, 288, 341, 343 à 345, P1513*. Par courrier 25 mars 2022, l'entreprise a été invitée à justifier ces rendements au regard du personnel et des machines prévues, mais aussi des m^2 ou m^3 à mettre en œuvre.

Enfin, l'entreprise a justifié un prix unitaire de 30 € pour le poste n° P1513*. Or, le prix unitaire remis s'élève à 40 € Par courrier 25 mars 2022, l'entreprise a été invitée à re-justifier ce poste.

L'entreprise a répondu par son courrier du 6 avril 2022.

Invitée à se justifier une seconde fois, la SA NELLES a fait état d'erreurs dans son premier justificatif et a donc transmis ce justificatif corrigé.

La variation entre les deux justificatifs (la correction de certains taux entraînant la variation des rendements) est expliquée par NELLES par des erreurs d'encodage dans le premier document communiqué, sans que nous disposions d'éléments concrets permettant de réfuter cette explication.

En résumé, une simple erreur d'encodage d'un taux horaire influence le rendement d'une équipe. Cette façon de justifier les quelques postes ne permet pas d'établir la confiance et de faire preuve de rigueur.
(…)

2.5. Conclusion de l'examen de la régularité des offres

L'offre de l'entreprise NELLES FRERES SA est considérée irrégulière et est dès lors écartée. L'ensemble des autres offres sont régulières " (…)

8. L'acte attaqué est transmis à la SA NELLES FRERES par courrier recommandé du 16 juin 2022 (…).

Cette décision ne manque pas de surprendre la SA NELLES FRERES.

Outre une motivation défaillante- sur ce point, voyez les arguments développés ci-dessous - cette décision constitue une surprise pour la S.A. NELLES FRERES qui, au regard des informations qu'elle a pu rassembler, avait appris que le rapport d'analyse des offres avait accueilli les justifications tarifaires données.

Sur ce point, on constate d'ailleurs que l'acte attaqué fait état de l'existence d'un " rapport d'examen des offres du 18 mai 2022 rédigé par l'Auteur de projet, le Bureau d'études ARCADIS Belgium SA, Place des Guillemins 5 à 4000 Liège ".

La partie requérante s'étonne que ce rapport n'ait pas été joint à la décision, comme c'est habituellement le cas.

Partant, la SA NELLES FRERES n'a pas d'autre choix que d'introduire un recours contre la décision du 1er juin 2022 qui lui a été communiquée le 16 juin 2022 et qui déclare irrégulière son offre ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 84, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 4, 5 et 8, § 1er, 2°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des principes d'égalité entre les soumissionnaires, de transparence, de motivation interne des actes administratifs, de bonne administration et de minutie ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle expose ce qui suit :

« EN CE QUE […] [l]a décision attaquée écarte l'offre de la requérante comme comportant plusieurs postes aux prix soi-disant anormaux et non suffisamment justifiés :

" L'entreprise a répondu par son courrier du 6 avril 2022.
Invitée à se justifier une seconde fois, la SA NELLES a fait état d'erreurs dans son premier justificatif et a donc transmis ce justificatif corrigé.
La variation entre les deux justificatifs (la correction de certains taux entraînant la variation des rendements) est expliquée par NELLES par des erreurs d'encodage dans le premier document communiqué, sans que nous disposions d'éléments concrets permettant de réfuter cette explication.
En résumé, une simple erreur d'encodage d'un taux horaire influence le rendement d'une équipe. Cette façon de justifier les quelques postes ne permet pas d'établir la confiance et de faire preuve de rigueur […]

[…] ALORS QUE [l]a décision de la SPI d'écarter l'offre de la S.A. NELLES FRERES comme irrégulière au terme du contrôle unitaire des prix est uniquement motivée au regard de la correction de l'erreur matérielle d'encodage qui caractérisait la première justification. Les justifications finales relatives aux rendements ne sont pas critiquées. Elles sont donc acceptées. La motivation retenue est elle-même irrégulière.

Développement du moyen :

[…] Premièrement, la décision de la SPI écarte l'offre de la S.A. NELLES FRERES alors même que celle-ci reconnaît ne pas disposer d'éléments concrets pour réfuter les justifications fournies.
À deux reprises, la partie adverse interroge la partie requérante sur ses prix et leur justification.
La seconde réponse de la S.A. NELLES FRÈRES corrige une erreur purement matérielle (erreur d'encodage) intervenue dans la première réponse et, ce faisant,

justifie l'ensemble des postes de prix sur lesquels la partie requérante était interrogée.
Cette seconde justification est *de facto* acceptée par la partie adverse, laquelle répond qu'elle ne "dispos[e pas] d'éléments concrets permettant de réfuter cette explication" […]
Or, si la SPI ne dispose d'aucun élément de nature à mettre en cause les justifications de prix, les prix doivent être considérés comme effectivement justifiés, et doivent être accueillis.

[…] Deuxièmement, la décision d'écarter l'offre de la S.A. NELLES FRÈRES est fondée sur un critère purement subjectif – ce qui ne peut pas être.
In fine, la SPI allègue d'un manque de "confiance" et rejette l'offre sur cette base.
Ce type de motivation ne peut être admis : la "confiance" n'est pas un critère d'attribution du marché; si elle devait l'être, les pouvoirs adjudicateurs pourraient à l'avenir faire preuve d'un pouvoir discrétionnaire sans limites. (À partir de quand il y a t-t-il confiance ou absence de "confiance" suffisante ? Ce type de critère échappe à tout contrôle).

[…] Troisièmement – et à titre surabondant – une simple erreur matérielle (erreur d'encodage) dans les premières justifications, signalée au pouvoir adjudicateur à l'occasion de secondes justifications, ne peut pas justifier la mise à l'écart de l'offre pour manque de "confiance".

[…] En conséquence, il convient de constater que les justifications fournies par NELLES FRÈRES sont suffisantes et ont effectivement été acceptées par le pouvoir adjudicateur.
Partant, le motif de mise à l'écart de l'offre doit être rejeté; le moyen est fondé et l'acte attaqué doit être suspendu ».

IV.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.

La décision d'écarter une offre parce que le montant d'un ou de plusieurs(s) poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal doit faire l'objet d'une motivation circonstanciée. L'obligation de motivation formelle, à laquelle l'autorité est tenue, doit notamment permettre au destinataire de cette 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 doit toutefois se comprendre de manière raisonnable et n'empêche 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 décision d'écarter l'offre de la requérante pour irrégularité substantielle est notamment justifiée par le fait que les montants de plusieurs postes non négligeables présentent un caractère anormalement bas ou élevé et par le rejet des justifications des prix apportées par la requérante. L'acte attaqué énonce, à ce propos, ce qui suit :

«

2.4.2. Vérification des prix unitaires

Méthodologie de l'analyse des prix unitaires :

Examen des prix unitaires :
- La moyenne des prix unitaires a été calculée sur les prix unitaires des offres ;
- Le poids du poste a été calculé sur base des prix unitaires et du montant total de l'offre considérée ;
Les postes dont le poids est estimé significatif, c'est-à-dire dont le poids est supérieur ou égal à 0,5 %, sont sélectionnés.

Sur cette base, les postes présentant un prix unitaire s'écartant de plus de 15 % de la moyenne ont été analysés. De ces postes, seuls ceux présentant un caractère particulièrement bas ou haut ont été retenus pour questionnement.

Par ailleurs, les prix unitaires des postes, dont il ressort qu'ils peuvent compromettre l'exécution des obligations résultant du cahier des charges, la qualité technique des travaux et la stabilité financière du marché, sont analysés également.

Sur base de cette méthodologie, les 4 entreprises ont été interrogées.

1. NELLES FRERES S.A.

Une demande de justification des prix unitaires des postes suivants a été adressée à la SA NELLES FRERES par lettre recommandée datée du 17 février 2022 :
- Postes présumés anormalement bas : n°172, 174, 288, 321, 335, 341, 343, 344, 345, 423 et 435 des travaux à charge de la SPI et n° P1513* des travaux à charge de la SWDE ;
- Postes présumés anormalement hauts : n°181 et 183 des travaux à charge de SPI.

Par son courrier daté du 28 février 2022, la SA NELLES FRERES a transmis la justification demandée dans les délais impartis.

Des coûts horaires variables pour des tâches et fonctions identiques ont été relevés dans différents postes. Tel est le cas concernant le coût horaire des ouvriers chauffeurs (39,50 € aux postes n° 172 et 423, 18,10 € au poste n° 321 et 16,71 € aux postes n°181 et 183), du rouleau 12 T (8,00 € au poste n° 174 et 27,38 € au poste n° 288) et de la pelle sur chenille 18 T (35,30 € aux postes n° 341, 344, 345, 423 et P1513* et 39,50 € au poste n° 343). Par courrier 25 mars 2022, l'entreprise a été invitée à justifier ces coûts horaires variables d'un poste à l'autre.

Par ailleurs, de façon générale, les rendements présentés dans ces justifications sont très élevés et, plus particulièrement, en ce qui concerne les postes n° 172, 174, 288, 341, 343 à 345, P1513*. Par courrier 25 mars 2022, l'entreprise a été invitée à justifier ces rendements au regard du personnel et des machines prévues, mais aussi des m² ou m³ à mettre en oeuvre.

Enfin, l'entreprise a justifié un prix unitaire de 30 € pour le poste n° P1513*. Or, le prix unitaire remis s'élève à 40 €. Par courrier 25 mars 2022, l'entreprise a été invitée à re-justifier ce poste.

L'entreprise a répondu par son courrier du 6 avril 2022.

Invitée à se justifier une seconde fois, la SA NELLES a fait état d'erreurs dans son premier justificatif et a donc transmis ce justificatif corrigé.

La variation entre les deux justificatifs (la correction de certains taux entraînant la variation des rendements) est expliquée par NELLES par des erreurs d'encodage dans le premier document communiqué, sans que nous disposions d'éléments concrets permettant de réfuter cette explication.

En résumé, une simple erreur d'encodage d'un taux horaire influence le rendement d'une équipe. Cette façon de justifier les quelques postes ne permet pas d'établir la confiance et de faire preuve de rigueur

».

La requérante ne conteste pas que, suivant la méthode décrite dans l'acte attaqué, la partie adverse a pu identifier, dans son offre, des prix apparemment anormaux pour plusieurs postes non négligeables. Elle dispute seulement le fait que la partie adverse a rejeté les justifications de prix qu'elle a apportées.

L'acte attaqué indique, à ce propos, que « la façon de justifier » les montants suspectés d'anormalité manque de « rigueur » et « ne permet pas d'établir la confiance ». Cette affirmation est fondée sur le constat que, dans les justifications remises, « une simple erreur d'encodage d'un taux horaire influence le rendement d'une équipe », ce qui *prima facie* paraît bien inadmissible et justifie que la partie adverse a rejeté « en bloc » les justifications apportées par la requérante pour les prix de ces postes.

Ainsi, comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, « pour le poste 174 (représentant plus de 2,5% du montant de

l'offre), la correction du prix du rouleau de 12T […] passe [d'un justificatif à l'autre] de 8 EUR à …27,38 EUR (l' "l'erreur matérielle consistant visiblement à avoir oublié les chiffres 27,3 devant le 8…) a une influence sur le rendement, qui passe [d'un justificatif à l'autre] de 1.681,30 m^3/jour (chiffre déjà trop élevé dont la justification avait été demandée par SPI) à…1.924,94m^3/jour !) ». Ces données chiffrées se vérifient à la lecture des pièces du dossier. La requérante ne pouvait, par ailleurs, les ignorer, dès lors qu'elle les a elle-même produites. Interrogé plus avant sur ce point à l'audience, le conseil de la requérante a confirmé que les erreurs d'encodage commises dans le premier justificatif concernaient uniquement les coûts horaires d'ouvriers ou de machines et qu'aucune erreur matérielle n'avait été commise au niveau de l'indication des rendements attendus. Le conseil de la requérante n'a, par ailleurs, pas pu répondre à la question de savoir comment une simple erreur d'encodage au niveau des coûts horaires d'ouvriers ou de machines était de nature à affecter le rendement des postes concernés, c'est-à-dire le nombre de $m/m^2/m^3$ produits par jour. À défaut d'autres explications fournies par la requérante, il semble, à première vue, qu'à la suite des corrections apportées dans le deuxième justificatif de prix, les rendements ont été modifiés dans le seul but de maintenir inchangés les prix unitaires des postes figurant dans le métré joint à l'offre de la requérante. Comme le relève l'acte attaqué, une telle façon de justifier ces postes manque de rigueur et « ne permet pas d'établir la confiance » sur la manière dont ces prix – suspectés d'anormalité – ont été calculés par la requérante.

Les motifs de l'acte attaqué permettent, à suffisance, de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a rejeté les justifications de prix apportées par la requérante. Ils confirment que la partie adverse s'est livrée à un examen concret et effectif des justifications remises.

En réponse aux griefs qui sont énoncés dans le premier moyen, il convient de relever *prima facie* ce qui suit :

- la décision d'écarter comme irrégulière l'offre de la requérante n'est pas justifiée au regard des erreurs d'encodage commises dans le premier courrier justificatif, mais par le fait que la correction de ces erreurs a entrainé des variations de rendements et que cette « façon de justifier » les prix unitaires manque de « rigueur » et « ne permet pas d'établir la confiance » sur la manière dont la requérante a calculé ses prix;

- si la partie adverse n'a pas critiqué les justifications de la requérante relatives aux rendements, ce n'est pas parce qu'elle les a acceptées, mais parce qu'elle a considéré, en amont de cette analyse, que la manière de calculer les prix unitaires des postes suspectés d'anormalité en faisant varier les rendements en raison

d'erreurs d'encodage qui affectent uniquement les coûts horaires d'ouvriers ou de machines manquait à ce point de rigueur et de crédit qu'il n'y avait pas lieu d'examiner le reste des justifications apportées par la requérante dans son courrier;

- la mention qui figure dans l'acte attaqué selon laquelle la partie adverse « ne dispos[e] [pas] d'éléments concrets pour réfuter cette explication » porte exclusivement sur les erreurs d'encodage mises en exergue par la requérante dans son deuxième courrier justificatif; la requérante ne peut déduire de cette mention que cette explication « justifie l'ensemble des postes de prix sur lesquels [elle] était interrogée »; si la partie adverse indique qu'elle ne peut réfuter que des erreurs d'encodage aient été commises lors des premières justifications, elle conteste en revanche que pareilles erreurs puissent entraîner, dans les deuxièmes justifications, une variation des rendements pour ces postes;

- comme il vient d'être exposé, le manque de rigueur et de confiance pointé dans l'acte attaqué n'est pas justifié par les erreurs d'encodage commises par la requérante dans ses premières justifications, mais est fondé sur le constat objectif que, pour justifier des prix unitaires suspectés d'anormalité, la requérante a, en corrigeant des erreurs qui affectent uniquement les coûts horaires d'ouvriers ou de machines, également modifier les rendements pour ces postes, ce qui, à défaut d'autres explications, n'est *prima facie* pas admissible.

Le premier moyen n'est pas sérieux, sans qu'il soit nécessaire d'examiner 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 l'article 84, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 4, 5 et 8, § 1er, 2°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des principes d'égalité entre les soumissionnaires, de transparence, de motivation interne des actes administratifs, de bonne administration et de minutie ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle conteste les motifs de l'acte attaqué qui rejettent les justifications de son prix global en considérant que de « telles généralités ne peuvent suffire à justifier concrètement un prix global inférieur de plus de 15% de la moyenne ». La requérante affirme, en substance, que son prix global est également justifié par les justifications remises pour les prix des postes individuels, pour lesquels elle a été interrogée et qui ont été acceptées par le pouvoir adjudicateur, en sorte que ses justifications « se tradui[sent] [bien] en chiffres ». Elle relève, à titre surabondant, qu'en justifiant les prix unitaires listés comme anormaux, elle a porté la portion du prix global considéré comme anormal en deçà du seuil de 15 % visé à l'article 36, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et en déduit que si « ces postes individuels de prix sont justifiés […], le prix global de la SA NELLES FRÈRES est suffisamment justifié pour échapper à toute sanction ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La partie adverse ayant *prima facie* valablement écarté l'offre de la requérante pour irrégularité substantielle en raison du montant d'un ou plusieurs poste(s) non négligeable(s) présentant un caractère anormal (*cf. surpa* « premier moyen »), la requérante n'a pas intérêt au deuxième moyen de la requête qui conteste les motifs qui rejettent, en outre, les justifications de son prix global.

En effet, dès lors qu'un prix unitaire est reconnu comme anormal, l'offre doit être écartée pour irrégularité substantielle, en application de l'article 36, § 3, 1°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Il est, dans ce cas, superflu pour le pouvoir adjudicateur de rencontrer les justifications du prix global et sans intérêt pour la requérante de contester les motifs qui rejettent ces justifications.

VI. Confidentialité

La requérante demande que son offre ainsi que ses justifications de prix soient tenues confidentielles. Il s'agit des pièces 4, 6 et 8 annexées à la requête.

La partie adverse formule la même demande pour l'offre et les éléments de justification des prix et de statistique de rendements qu'elle dépose au dossier administratif. Il s'agit des pièces 3, 5, 6, 8, 12 et 13 de ce dossier.

Ces demandes n'étant pas contestées, 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 de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 4, 6 et 8 annexées à la requête et les pièces 3, 5, 6, 8, 12 et 13 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 22 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le 26 juillet 2022, par :

Florence Piret, conseiller d'État, président f.f.,

Nathalie Roba, greffier.

Le Greffier, Le Président,

Nathalie Roba Florence Piret