

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 254.733 du 12 octobre 2022

A. 227.620/VI-21.444

En cause : **la société à responsabilité limitée ROBERTY,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Frédéric POTTIER et
Norman NEYRINCK, avocats,
boulevard d'Avroy 280
4000 Liège,

contre :

la ville de Durbuy, représentée
par son collègue communal,
ayant élu domicile chez
M^{es} Julie BOCKOURT et
Bernard DE COCQUEAU, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 avril 2019, la SRL ROBERTY demande l'annulation de la décision d'attribution du marché public « PIC 2017-2018 Amélioration des voiries – Petithan » adoptée le 12 décembre 2018 par le Collège communal de la Ville de DURBUY, partiellement communiquée à la partie requérante par courrier daté au 28 février 2019.

II. Procédure

Un arrêt n° 244.197 du 5 avril 2019 a ordonné, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision attaquée. Il a été notifié aux parties.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 25 juin 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 22 septembre 2021.

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Fanny Coton, *loco* M^{es} Norman Neyrinck et Frédéric Pottier, avocat, comparaisant pour la partie requérante et M^e Louise Leboutte, *loco* M^{es} Bernard De Cocqueau et Julie Bockourt, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur, 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. Exposé des faits utiles

Les faits utiles à l'examen de la cause ont été exposés dans l'arrêt n° 244.197, précité.

IV. Moyen unique

IV.1. Requête

Le moyen unique est pris de la violation de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4, 5 et 8, § 1^{er}, 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, des articles 33 et suivants 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 principes d'égalité des soumissionnaires, du principe de transparence, du principe général de droit de motivation interne des actes administratifs, du principe de motivation formelle et matérielle, ainsi que du permis unique octroyé à la SRL CARRIERE DE PREALLE en date du 13 novembre 2015.

La partie requérante reproche à la partie adverse d'avoir attribué le marché à la SA MATHIEU sans avoir procédé à une vérification effective des prix remis par celle-ci alors même que l'offre de la SA MATHIEU était manifestement entachée de plusieurs irrégularités substantielles en raison de plusieurs anomalies affectant le prix remis. Cette critique est articulée en cinq branches. L'argumentation ainsi développée est identique à celle formulée dans la demande de suspension introduite selon la procédure d'extrême urgence.

Dans la première branche du moyen, intitulée « Absence de vérification effective de la normalité du prix », la requérante constate que l'acte attaqué est motivé par référence au rapport d'examen des offres. Elle relève que celui-ci, suite au courrier de demande de justification du prix global et de trois prix unitaires adressés par la partie adverse à la SA MATHIEU, motive la normalité des prix de cette dernière par référence à une annexe non produite et, dès lors inexistante. Elle considère également qu'il résulte de la motivation avancée par la partie adverse que celle-ci n'a pas exercé son pouvoir d'appréciation de manière effective dès lors que les justifications des prix communiquées par la SA MATHIEU sont approuvées au seul motif qu'elles ont été fournies dans les temps.

IV.2. Mémoire en réponse

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse conteste le fait que l'annexe à laquelle se réfère le rapport d'examen des offres serait inexistante. Elle précise que cette annexe est le courrier de justifications des prix adressé par la société MATHIEU, qui n'a pas été communiqué à la requérante en vertu de l'article 10 de la loi du 17 juin 2013.

Elle relève par ailleurs que la motivation de l'acte attaqué permet de comprendre que les justifications de la SA MATHIEU n'ont pas uniquement été approuvées en raison du fait que celles-ci ont été communiquées dans les délais. Elle souligne, par ailleurs, que le rapport d'examen des offres précise, en son point 5, que l'auteur de projet a « bien procédé à la vérification des prix », ce qui implique

nécessairement, selon elle, l'examen et la validation des justifications transmises par la SA MATHIEU.

IV.3. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse déclare se référer aux observations reprises dans son mémoire en réponse.

IV.4. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen unique formulé au sein de la requête en annulation est identique au moyen soulevé dans le cadre de la requête en suspension d'extrême urgence dirigée à l'encontre du même acte.

Dans son arrêt n° 244.197 du 5 avril 2019, le Conseil d'État a déclaré sérieux le moyen unique en sa première branche, pour les motifs suivants :

« Au titre de la première branche, le moyen reproche, en substance, à la partie adverse de n'avoir pas procédé à l'examen concret et effectif des justifications de prix soumises par la société MATHIEU, de sorte que l'acte attaqué est entaché d'illégalité.

Parmi les principes et dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, figurent les articles 33 et suivants de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. L'article 36 de cet arrêté est libellé comme suit :

“ § 1^{er}. Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 35, le pouvoir adjudicateur procède à un examen de ces derniers. Lorsqu'il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée directe avec publication préalable et la procédure négociée sans publication préalable, l'examen se fait sur la base des dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure.

§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.

La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

Les justifications concernent notamment :

- 1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
- 2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux,

- pour fournir les produits ou les services;
- 3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
- 4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lors de l'examen des prix ou des coûts visé à l'alinéa 1^{er}, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale.

Le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables.

Si nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit. Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit.

§ 3. Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et :

- 1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
- 2° soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
- 3° soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.

Le pouvoir adjudicateur écarte également l'offre s'il établit que son montant total est anormalement bas parce qu'elle contrevient aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail, visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi et ce, en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée. Lorsque l'offre contrevient aux obligations applicables dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 2.

Dans le cadre de l'évaluation, le pouvoir adjudicateur peut également tenir compte d'informations qui ne proviennent pas du soumissionnaire. Ces données sont soumises au soumissionnaire afin de lui permettre d'y réagir.

Si le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre paraît anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire, il ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le pouvoir adjudicateur qui écarte une offre dans ces conditions le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 3. Le présent alinéa n'est applicable que pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne.

§ 4. Dans le cas d'un marché de travaux ou d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude passé par procédure ouverte ou restreinte et dont l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix et pour autant qu'au moins quatre offres aient été prises en considération conformément aux alinéas 3 et 4, le pouvoir adjudicateur effectue un examen des prix ou des coûts conformément aux paragraphes 2 et 3, pour toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires. Il en va de même, pour les marchés de travaux et les marchés de services dans un secteur sensible à la fraude passés par procédure ouverte ou restreinte, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée sur la base du meilleur rapport qualité-prix lorsque le poids du critère relatif au prix représente au moins

cinquante pour cent du poids total des critères d'attribution. Toutefois, dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans les documents du marché un pourcentage plus élevé que quinze pour cent.

La moyenne des montants se calcule de la manière suivante :

- 1° lorsque le nombre des offres est égal ou supérieur à sept, en excluant à la fois l'offre la plus basse et les offres les plus élevées formant un quart de l'ensemble des offres déposées. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart est arrondi à l'unité supérieure;
- 2° lorsque le nombre d'offres est inférieur à sept, en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée.

Le calcul de la moyenne des montants se fonde sur toutes les offres des soumissionnaires sélectionnés. En ce qui concerne la procédure ouverte, ce calcul peut également se faire sur la base des offres des soumissionnaires provisoirement sélectionnés conformément à l'article 75.

Néanmoins, dans le cadre de ce calcul, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas tenir compte des offres manifestement irrégulières.

Les documents du marché peuvent rendre le présent paragraphe applicable aux marchés de fournitures ou de services non visés à l'article 2, 13°, passés en procédure ouverte ou restreinte et pour lesquels l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée uniquement sur la base du prix.

§ 5. Lorsque l'offre présentée dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services est écartée sur la base d'un prix ou d'un coût anormal, le pouvoir adjudicateur en informe immédiatement l'auditeur général de l'Autorité belge de Concurrence. Cette communication contient au moins les informations suivantes : les données d'identification des soumissionnaires concernés, l'objet du marché, ainsi que le prix ou le coût anormalement bas ou élevé. Lorsque l'offre est dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services rejetée suite à la constatation qu'elle est anormalement basse parce qu'elle ne satisfait pas aux obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique immédiatement au Service d'information et de recherche sociale en indiquant les informations mentionnées à l'alinéa 1^{er}. Lorsque l'offre dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services est rejetée suite à la constatation qu'elle est anormalement basse du fait d'une aide d'Etat non compatible avec le marché intérieur, le pouvoir adjudicateur en avertit immédiatement la Commission européenne. Une copie de cette communication est également envoyée immédiatement au point de contact mentionné à l'article 163, § 2, de la loi.

Lorsqu'une offre faite dans le cadre d'un marché public de travaux est rejetée sur base du caractère anormalement bas du prix ou du coût, la Commission d'agrégation des entrepreneurs en est informée immédiatement.

§ 6. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le présent article n'est applicable ni à la procédure concurrentielle avec négociation, ni à la procédure négociée directe avec publication préalable, ni à la procédure négociée sans publication préalable pour autant qu'il s'agisse d'un marché de fournitures ou de services dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne ou d'un marché de travaux dont le montant estimé est inférieur à 500.000 euros".

Il ressort notamment de cet article 36 que les justifications de prix fournies par un soumissionnaire à la demande du pouvoir adjudicateur sont soumises à l'appréciation de celui-ci, laquelle appréciation suppose – notamment pour l'application de l'article 36, § 3 – un examen concret et effectif de ces justifications. La réalité et l'effectivité de cet examen doivent ressortir à suffisance de la décision d'attribution du marché ou, à tout le moins, du dossier administratif.

Lorsque – comme tel apparaît, *prima facie*, être le cas en l'espèce – le pouvoir adjudicateur confie certaines opérations – telles celles qui ressortissent à l'examen des justifications de prix – à un auteur de projet, il ne peut – sans méconnaître l'obligation d'examen effectif qui lui incombe en vertu de l'article 36 précité – se borner à faire sien un rapport d'examen des offres établi par cet auteur de projet et qui ne permettrait pas d'établir que celui-ci a effectivement procédé à l'examen requis.

Aux termes de l'acte attaqué en la présente cause, la partie adverse déclare approuver le rapport d'examen des offres établi par l'auteur de projet et considérer ce rapport comme partie intégrante de la délibération du 12 décembre 2018. Ce rapport contient – en son point 4 (“Analyse de la régularité des offres des soumissionnaires sélectionnés”), et pour ce qui se rapporte à la régularité de l'offre de la société MATHIEU – la mention suivante :

“ En ordre après approbation de la justification des prix unitaires anormalement bas et du montant global anormal de l'offre (voir annexe). En effet, à la date du 27/11/2018 l'entreprise a été interrogée par recommandé, pour expliquer et motiver les prix unitaires des postes 53, 140 et 292 anormalement bas ainsi que du montant global anormal de l'offre. Celle-ci a répondu dans un délai des 12 jours”.

Au point 5 (“Comparaison des offres et proposition d'attribution”) du même rapport, figure la mention “l'auteur de projet a bien procédé à la vérification des prix”.

À la lecture de l'extrait ci-dessus reproduit du rapport d'examen des offres, la requérante semble – comme elle l'a souligné à l'audience – avoir compris que l'“annexe” ainsi visée pouvait être une annexe d'évaluation des justifications établie par un service compétent. À supposer – comme le soutient la partie adverse dans sa note d'observations – que cette “annexe” est plutôt le courrier du 3 décembre 2018 adressé par la société MATHIEU en réponse à la demande de justification de prix qui lui avait été adressée (courrier dont la partie adverse et son auteur de projet auraient donc eu connaissance, contrairement à ce que supposait la requérante), force est de constater qu'à lui seul, un tel courrier n'atteste en rien la réalité et l'effectivité d'un examen des éléments de justification qu'il contient.

Par ailleurs, compte tenu de ce qu'elle figure au point 5 du rapport d'examen des offres, et non au point 4 – qui traite pourtant de la régularité des offres, notamment au regard des prix offerts – il n'est pas permis, dans le cadre de la présente procédure en extrême urgence, de déterminer si l'affirmation aux termes de laquelle “l'auteur de projet a bien procédé à la vérification des prix” ne constitue qu'une clause de style ou peut se voir reconnaître quelque portée plus utile. Toujours dans le même ordre d'idées, la référence à une “approbation de la justification des prix unitaires anormalement bas et du montant global anormal de l'offre” contenue dans l'extrait ci-dessus reproduit ne révèle rien quant au fait que cette approbation a, ou non, été précédée de l'examen requis.

Enfin, et plus généralement, il s'impose de constater que les pièces de la procédure ne contiennent aucun élément qui permettrait d'attester l'effectivité de l'examen des justifications de prix soumises par la société MATHIEU, auquel la partie adverse était tenue de procéder.

Au vu de ce qui précède, il est sans intérêt de déterminer si le fait que la société MATHIEU a remis ses justifications dans le délai qui lui était imparti a pu avoir quelque incidence sur l'approbation de ces justifications.

Il s'ensuit que le premier moyen doit, dans ces circonstances et tel que permet d'en

décider un examen effectué en extrême urgence, être déclaré sérieux en sa première branche ».

L'argumentation développée dans le cadre du mémoire en réponse par la partie adverse – qui est identique à celle développée dans sa note d'observations – ne permet pas de se départir de ce qui a été jugé par l'arrêt n° 244.197 du 5 avril 2019 précité.

Il peut certes être admis que, se référant à des justifications de prix, un pouvoir adjudicateur adopte, en raison d'impératifs liés à la confidentialité, une motivation en termes brefs, en demeurant allusif sur certaines raisons l'ayant amené à reconnaître la pertinence des justifications du prix. Une telle motivation ne peut toutefois être excessivement laconique et doit permettre, d'une part, de vérifier que le pouvoir adjudicateur a analysé les justifications invoquées avec soin et, d'autre part, de comprendre les raisons pour lesquelles il a admis ces justifications.

L'affirmation reprise au point 5 « Comparaison des offres et proposition d'attribution » du rapport d'examen des offres selon laquelle « L'auteur de projet a bien procédé à la vérification des prix » constitue une clause de style qui ne permet pas de démontrer l'analyse effective par le pouvoir adjudicateur des justifications avancées par la SA MATHIEU et qui ne permet pas plus de comprendre les raisons pour lesquelles ces justifications ont été admises.

Les pièces de la procédure ne contiennent aucun élément qui permettrait d'attester l'effectivité de l'examen des justifications de prix soumises par la société MATHIEU, auquel la partie adverse était tenue de procéder.

Le moyen unique est fondé en sa première branche. Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner les autres branches du moyen, qui, à les supposer fondées, ne sont pas de nature à entraîner une annulation plus étendue de l'acte attaqué.

V. Indemnité de procédure

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

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

Article 1^{er}.

La décision du collège communal de Durbuy du 12 décembre 2018 attribuant à la SA MATHIEU le marché public « PIC 2017-2018 Amélioration des voiries – Petithan » est annulée.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir les droits de rôle de 400 euros, les contributions de 40 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros, accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 12 octobre 2022 par :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Florence Piret,
Nathalie Roba,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky