

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n° 257.150 du 3 août 2023

A. 239.481/VI-22.605

En cause : **la société anonyme TRAVAUX ET EXPLOITATION**,
en abrégé « Travexploit »,
ayant élu domicile chez
M^{es} Sébastien LEROY, Mathieu THOMAS
et Lea TREFON, avocats,
rue de la Régence 58 bte 8
1000 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^{es} Véronique CHRISTIAENS et
Marnix DE SMEDT, avocats,
avenue de la Couronne 340
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 3 juillet 2023, la SA Travaux et Exploitation (Travexploit) demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 13 juin 2023 de la partie adverse d'attribuer à la société anonyme Colas Belgium le marché public de travaux ayant pour objet "N599 – Thuin : Réhabilitation de la traversée de Biercée – Bk 4.900 à 6.400" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 4 juillet 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 juillet 2023.

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

M^e Mathieu Thomas, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Marnix De Smedt, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, premier auditeur 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

La partie adverse décrit comme suit les faits de la cause :

« [...] »

2. Le 16 août 2022, la partie adverse a publié un avis de préinformation relatif au marché "MI62 N559 - Thuin : Réhabilitation de la traversée de Biercée – Bk 4.900 à 6.000".

Cet avis a été suivi le 15 février 2023 d'un avis de marché pour ce même objet.

Le mode de passation du marché choisie par la partie adverse était la procédure ouverte, en application de l'article 36 de la loi relative aux marchés publics.

Au vu de sa valeur estimée (soit 763.966,79 €, HTVA), le marché a fait l'objet d'une publicité belge.

Le marché est régi par le cahier spécial des charges portant les références MI-O8-06.02-22.3597 (ci-après dénommé "le CSC").

Le CSC fait notamment expressément référence, sous le titre 3 de la partie 1, "Législation et documents contractuels applicables", à :

- la loi relative aux marchés publics ;
- l'arrêté royal passation ;
- la loi recours.

3. Le marché est un marché mixte, au sens de l'article 2, 6°, de l'arrêté royal passation.

Le CSC précise que le service gestionnaire de la partie adverse qui a préparé le marché et en suivra l'exécution est la Direction des Routes de Charleroi.

4. Les trois soumissionnaires suivants ont introduit une offre avant l'échéance de la date limite prévue par les documents du marché :

N°	NOM ADRESSE	NUMERO TVA	MONTANT OFFRE avec % RED/MAJ	T.V.A.	TOTAL y compris les RED/MAJ (% et/ou forfaitaire)	REMARQUES (CODE)
1	COLAS BELGIUM Rue Gros Fidèle, 17 7530 GAURAIN-RAMECROIX	434-888-612	912 715,45	191 670,24	1 104 385,69	
2	TRAVEXPLOIT Route du Sartiau, 27 6532 RAGNIES	401-740-742	1 297 766,66	272 531,00	1 570 297,66	
3	TRBA Route de l'Europe, 6 7600 PERUWELZ	462-933-191	1 389 978,50	291 895,49	1 681 873,99	

5. À l'issue de la vérification du droit d'accès et le respect des critères de sélection, les trois soumissionnaires ont été sélectionnés.

La partie adverse a ensuite procédé à la vérification de la régularité des offres.

7. Elle a, dans ce cadre, notamment procédé à une rectification d'erreurs arithmétiques et d'erreurs purement matérielles, ce qui a abouti à une très légère correction de l'offre de la S.A. COLAS BELGIUM, portant le prix global de l'offre de celle-ci de 1.104.384,91 € TVAC à 1.140.385,69 € TVAC.

8. La partie adverse a également procédé à une vérification des prix.

Cette vérification s'est faite en deux temps.

D'abord la partie adverse a déterminé le prix moyen des offres et a vérifié si les conditions de l'article 36, § 4, de l'arrêté royal passation étaient réunies (farde II – pièce n° 1) :

Moyenne des Offres :	1 200 153,54		1 452 185,78
(1) = Moyenne A.R. 08/01/1996 ou A.R. 10/01/1996	,00		,00
Montant limite = (1) - 15%	,00		,00
	(htva)	(tva)	(tvac)
Estimation + 10%	840 363,47	176 476,33	1 016 839,80
Estimation	763 966,79	160 433,03	924 399,82
Estimation - 10%	687 570,11	144 389,73	831 959,84

Constatant que seulement trois offres lui étaient parvenues, elle a considéré que la disposition précitée ne s'appliquait pas.

Elle a ensuite (farde II – pièce n° 6 / farde III – pièce n° C7) vérifié les prix des offres de la S.A. COLAS BELGIUM et de la requérante :

Le tableau DOC P0 (annexe 1) donne le classement des soumissionnaires et leur numéro de référence respectif.

Pour les postes principaux de cette adjudication ayant pu être examinés sur base des données statistiques du Bureau des Prix, le tableau DOC C2 (annexe 2) donne la comparaison entre les prix des deux offres les plus basses, ceux de l'estimation de votre direction et les moyennes statistiques du Bureau des Prix. On constate, pour les postes qui ont pu être examinés (qui représentent 77,57% du total de l'offre la plus basse) et par rapport à l'estimation du Bureau des Prix, une sous-évaluation de votre estimation de -2,29%. Quant à l'offre la plus basse COLAS elle se situe 11,1% au-dessus de l'estimation du Bureau des Prix.

A partir des résultats du tableau DOC C2, on peut calculer une estimation généralisée du Bureau des Prix* (Estimation du Bureau des Prix ramenée à l'ensemble du marché). Elle atteint 807 457,21€.

Par rapport notamment à cette estimation généralisée, on peut évaluer dans les offres les plus basses, le pourcentage des postes dont les prix unitaires s'écartent de manière significative des prix résultants de notre méthode d'analyse des données disponibles. Ces prix unitaires sont qualifiés de « divergents » dans le tableau ci-dessous :

Offres Montants (hors T.V.A.)	Ecart global entre l'offre en question et l'estimation généralisée du Bureau des Prix	Postes à prix divergent	Importance de ces postes dans l'offre en question	Importance de ces postes dans l'estimation généralisée du Bureau des Prix
1. COLAS BELGIUM 912 715,45€	13,04%		7,45%	6,11%
2. TRAVEXPLOIT 1 297 766,65€	60,72%		55,49%	47,57%

On constate donc que :

1. L'offre la plus basse COLAS BELGIUM s'écarte de +13,04% de l'estimation généralisée du Bureau des Prix.
2. Les postes à prix divergent (élevé ou bas) représentent 6,11% du total de l'estimation généralisée du Bureau des Prix.

La conjonction de ces deux pourcentages nous amène à considérer l'offre la plus basse comme globalement acceptable.

Dès lors, sous réserve de votre propre analyse, basée sur des éléments spécifiques dont nous n'aurions pas connaissance, l'offre COLAS BELGIUM pourrait être acceptée sans demande de justification des prix.

Signalons à toutes fins utiles que l'article 36 § 4 de l'A.R. du 18 avril 2017 (justification du montant total) n'est pas d'application ici puisque trois soumissionnaires seulement ont remis une offre dans ce marché.

Le résultat de cette vérification a été reporté dans le rapport d'analyse des offres établi par la Direction des routes de Charleroi de la partie adverse (farde II – pièces n° 7 et 8) :

4.6. Vérification des prix

4.6.1. Vérification des prix unitaires

Les prix proposés par les soumissionnaires suivants sont normaux et acceptables sur base de l'avis remis par le bureau des prix:

- COLAS BELGIUM
- TRAVEXPLOIT SA

L'analyse du Bureau des Prix montre que l'offre la plus basse (COLAS BELGIUM) s'écarte de +13.04% de l'estimation généralisée et que les postes à prix divergent représentent 6.11 % du total de cette estimation. Elle peut donc être considérée comme globalement acceptable. L'analyse réalisée en Direction Territoriale n'a mis en lumière aucune incohérence significative.

4.6.2. Vérification du prix total

Pas d'application, le nombre d'offres reçues étant inférieur à 4.

9. Conformément au titre 2 de la partie 2 du CSC, “Le marché est attribué au soumissionnaire – non exclu et répondant aux critères de sélection – qui a remis l’offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur sur base du critère prix”.

Le 13 juin 2023, le Ministre Philippe Henry, représenté par Monsieur le Directeur général du Service Public de Wallonie Mobilité et Infrastructures – Département du Hainaut du Brabant Wallon –Direction des routes de Charleroi a pris la décision d’attribuer le marché à la S.A. COLAS BELGIUM (farde II – pièce n° 9).

Il s’agit de l’acte attaqué.

10. La décision motivée d’attribution du marché précise, en ce qui concerne la vérification de la normalité des prix, ce qui suit :

2.6. Vérification des prix unitaires

Considérant qu’il y a eu intervention du Bureau des prix ;

Considérant qu’après vérification, les prix unitaires remis par le soumissionnaire Colas Belgium S.A. sont considérés comme normaux ;

Considérant que n’étant pas classé en ordre utile, les prix des offres remis par les soumissionnaires TRAVEXPLOIT SA et TRBA SA n’ont pas été analysés.

11. Par lettres recommandées et par courriel du 16 juin 2023, la requérante et la S.A. TRBA ont été informées que leurs offres respectives n’avaient pas été retenues (farde II – pièces 10 et 11).

Par lettre recommandée de la même date la S.A. COLAS BELGIUM a été informée de ce que le marché lui était attribué. “Cette notification entraîne la conclusion du marché avec votre entreprise” (farde II – pièce n° 12).

[...] ».

IV. Recevabilité du recours

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse expose ce qui suit :

- « En vertu de l’article 44 de la loi du 17 juin 2013 de la loi recours, la conclusion du marché peut avoir lieu sans observer le délai d’attente de quinze jours visé à l’article 43 de la ladite loi lorsque, comme en l’espèce, une publicité européenne préalable n’était pas obligatoire.

Comme Votre Conseil a eu l’occasion de le souligner, “Lorsqu’il statue sur une requête tendant à la suspension de l’exécution d’une décision unilatérale d’attribution d’un marché public, le Conseil d’Etat ne se prononce pas sur l’existence, la suspension ou l’exécution du contrat conclu, le cas échéant, par l’effet de la notification de cette décision à l’attributaire du marché. De même, et sans préjudice de l’application de l’article 65/13 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de

services, le Conseil d'État n'a-t-il pas à se prononcer sur les effets que peut produire, sur le contrat conclu, un arrêt de suspension de l'exécution de la décision déferée à son contrôle”.

La loi recours ne distingue pas l'intérêt au recours en suspension selon que le marché soit soumis au respect ou non d'un délai d'attente, ou qu'il soit conclu ou non. À cet égard, le recours est recevable.

En revanche, les termes en lesquels les articles 14 et 15 de la loi recours “sont libellées et la préoccupation d'effectivité du recours juridictionnel qu'elles ont vocation à servir dans le contentieux de l'attribution des marchés publics commandent certainement à l'instance de recours de ne pas faire preuve d'une rigueur excessive dans l'appréciation de la recevabilité du recours. Toutefois, et sauf à priver de sens et d'utilité les conditions de recevabilité définies par ces dispositions, il incombe à la personne concernée d'établir avec une vraisemblance élémentaire qu'il est satisfait à ces conditions, particulièrement lorsque le respect de celles-ci peut, dans le contexte spécifique du marché litigieux, faire débat. Cette exigence contraint notamment cette personne à démontrer concrètement la lésion que lui a causée ou risqué de lui causer la violation alléguée”.

En effet, suivant une jurisprudence constante de Votre Conseil “l'intérêt d'un requérant à attaquer devant le Conseil d'État une décision d'attribution d'un marché public consiste idéalement à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même”.

L'intérêt au recours de la requérante ne peut donc être établi que si elle réussit à démontrer le caractère sérieux d'au moins un des moyens qu'elle invoque.

L'appréciation de l'intérêt au recours conduit donc à l'examen du fond du litige et se confond avec celui-ci.

Si l'intérêt au recours peut a priori être admis dès lors qu'il est lié à l'examen du fond, la requérante perd cet intérêt si les moyens relatifs à la régularité de l'offre de la S.A. COLAS BELGIUM ne sont pas considérés comme recevables ou fondés. »

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15 de 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 dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante.

Il n'est pas contesté que la requérante avait intérêt à obtenir le marché en cause. Par ailleurs, il résulte de l'examen du second moyen et du moyen nouveau que l'illégalité alléguée a pu causer grief à la requérante.

La demande de suspension est recevable.

V. Second moyen et moyen nouveau

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un second moyen pris de la violation de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 33, 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur en fait ou en droit dans les motifs, de l'inadéquation dans les motifs et de la contradiction dans les motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et du devoir de minutie.

En une troisième branche, elle fait valoir ce qui suit :

- « 33. La partie adverse fait uniquement référence, au point 2.6. "Vérification des prix unitaires" de l'acte attaqué, au fait qu'il y a eu une "intervention du Bureau des prix". Une telle mention, sans autre précision, ne suffit nullement à justifier qu'une vérification effective des prix unitaires a eu lieu et qu'une demande de justification pour des prix apparemment anormaux n'était pas nécessaire.

Le Conseil d'État a confirmé ce raisonnement dans un arrêt du 3 janvier 2017 :

- “ Au regard des dispositions qui précèdent, il n'est ni contestable ni contesté par les parties que le montant total de l'offre de la partie intervenante s'écarte bien d'au moins 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires sélectionnés, telle que calculée conformément à ce que prévoit l'article 99, § 2, alinéa 2, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. (...)

Face à cette situation, la partie adverse déclare avoir choisi, comme le lui permet l'article 99, § 2, alinéa 3, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, de motiver directement dans la décision d'attribution du marché que le montant total de l'offre de la partie intervenante ne présente pas de caractère anormal, tout en affirmant par ailleurs qu'elle n'a pas entendu, comme le prévoit l'article 99, § 2, alinéa 3, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, inviter cette dernière à fournir les justifications nécessaires comme prévu à l'article 21, § 3, alinéas 2 et 4, du même arrêté royal.

Une telle façon de procéder est acceptable pour autant que, en présence d'une offre exigeant la vérification de son montant total, le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments probants pour justifier le caractère normal du montant global de l'offre en question et établir que le pouvoir adjudicateur a bien, ce faisant, procédé à une vérification sérieuse de ces éléments et du caractère normal du montant total de cette offre, en exécution de son devoir de minutie. (...)

A cet égard, la seule mention qui est faite de cet avis dans la motivation formelle de la décision attaquée fait état de ce que 'l'Administration a consulté le Bureau des prix qui, dans son avis du 28 octobre 2015, a estimé que l'offre la moins disante remise par la société NELLES Frères était globalement acceptable'. Une telle mention ne suffit évidemment pas à justifier que, sur la

base de cette seule considération, la partie adverse a pu, sans plus, considérer qu'elle disposait d'un élément suffisamment probant que pour décider de ne pas inviter le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu à l'article 21, § 3, alinéas 2 et 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011" [...]

34. La motivation de la décision d'attribution est insuffisante pour comprendre quel a été le périmètre de vérification exact du Bureau des prix. L'on ignore si le Bureau des prix est intervenu au stade de la vérification des prix de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ou au stade de l'examen des prix anormaux de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

L'on ignore également si le Bureau des prix a été consulté pour vérifier tous les prix unitaires de Colas Belgium ou certains d'entre eux seulement, identifiés au préalable ou non par la partie adverse.

L'acte attaqué ne contient pas non plus l'analyse qui a été effectuée par le Bureau des prix. Cette analyse ne constitue pas les motifs des motifs mais, au contraire, les motifs qui ont conduit la partie adverse à indiquer dans l'acte attaqué que l'offre de Colas Belgium ne comprenait aucun prix unitaire anormal.

35. Par conséquent, la motivation est insuffisante pour comprendre pour quels motifs la partie adverse a abouti à la conclusion que l'offre de Colas Belgium ne comprenait aucun prix unitaire anormal, d'autant plus en l'espèce que, compte tenu des nombreux éléments factuels mentionnés ci-avant, qui sont tenus pour intégralement reproduits, les prix ne pouvaient que se situer dans une même fourchette, ce qui n'est pas le cas.

La troisième branche du moyen unique est sérieuse. »

Dans sa note d'audience déposée le 13 juillet 2023, la requérante soulève un moyen nouveau, pris de la violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, de l'erreur en fait ou en droit dans les motifs, de l'inadéquation dans les motifs et de la contradiction dans les motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et du devoir de minutie.

Après avoir rappelé les principes qui, selon elle, sont applicables, la requérante expose ce qui suit :

« [...]

11. En l'espèce, la motivation formelle contenue dans la décision d'attribution – l'unique motivation à disposition de la partie requérante au moment d'introduire son recours – est :

- contraire aux pièces du dossier administratif telles qu'elles sont présentées par la partie adverse dans sa note d'observations ;
- largement insuffisante et stéréotypée, en ce qu'elle ne rend nullement compte des motifs qui, selon ce qu'en dit la partie adverse dans sa note d'observations, l'auraient conduite à ne pas tenir pour suspects le prix global et les prix unitaires de Colas Belgium.

12. Pour rappel, ni l'analyse du Bureau des prix ni le rapport d'examen des offres n'a été notifié à la partie requérante. L'estimation du montant du marché ne figurait ni dans l'avis de marché (alors même qu'un cadre est prévu à cet effet dans le modèle d'avis de marché) ni dans le cahier spécial des charges.

La décision d'attribution telle que notifiée à la partie requérante indique simplement concernant la vérification des prix que :

“ 2.6. Vérification des prix unitaires

Considérant qu'il y eu intervention du Bureau des prix ;
Considérant qu'après vérification, les prix unitaires remis par le soumissionnaire Colas Belgium S.A. sont considérés comme normaux ;
Considérant que n'étant pas classé en ordre utiles, les prix des offres remis par les soumissionnaires Travexploit SA et Trba SA n'ont pas été analysés”.

Sa lecture fait ressortir que :

- la vérification des prix a uniquement porté sur les prix unitaires de Colas Belgium, et non sur les prix globaux de tous les soumissionnaires (l'intitulé du point 2.6. mentionne uniquement la “vérification des prix unitaires”) ;
- la vérification des prix a uniquement porté sur les prix unitaires de Colas Belgium, et non sur les prix unitaires des autres soumissionnaires.

13. Or, dans sa note d'observations du 11 juillet 2023, la partie adverse soutient, dossier administratif à l'appui, que :

- les prix globaux auraient été contrôlés – point 22, premier alinéa, deuxième tiret : “ il a, dans le cadre de cette partie du contrôle également, été procédé à un contrôle des prix globaux, tel que cela ressort de la dernière page du tableau DOC C2” ;
- tant les prix de Colas Belgium que les prix de la requérante pour plusieurs postes auraient été examinés – point 22, avant dernier alinéa : “Ce rapport est en outre étayé par deux tableaux détaillés, dans lesquels figurent les postes de l'inventaire qui ont été contrôlés au regard des prix estimés de ces postes, des prix offerts par tant la S.A. Colas Belgium que la requérante, et les statistiques tenues par le bureau des Prix précité, dont il est rappelé qu'il s'agit d'un service de la partie adverse qui se confond dès lors avec cette dernière”.
- elle n'aurait pas tenus pour suspects le prix global et les prix unitaires de Colas Belgium non seulement au regard de l'analyse du Bureau des prix mais également au regard de son estimation, alors que cet élément ne ressort pas de la décision d'attribution (point 30, premier alinéa) ; l'on notera d'ailleurs que la décision d'attribution n'indique pas que son auteur fait siens les motifs figurant dans le rapport d'analyse des offres ;
- la partie adverse aurait examiné les prix en appliquant une méthode particulière, alors que cet élément ne ressort pas de la décision d'attribution : elle indique que , pour les postes les plus significatifs de l'inventaire représentant 77,57% du prix de l'offre la plus basse, les prix de l'attributaire et de la requérante ont été examinés (point 22, premier alinéa, deuxième tiret) et qu'elle a examiné les postes des mètres de Colas Belgium et de la requérante présentant un prix divergent de son estimation (point 34, dernier alinéa).

14. Dès lors, la motivation de l'acte attaqué est contraire à l'examen des prix à laquelle la partie adverse a procédé et ne rend nullement compte des motifs pour lesquels celle-ci a abouti à la conclusion que le prix global et les prix unitaires de Colas Belgium n'étaient pas suspects. Elle est partant contradictoire et insuffisante, de sorte que la partie adverse a méconnu ses obligations en la matière.

La partie requérante assurément un intérêt à invoquer un tel grief, même à ce stade de la procédure. La seule motivation qui lui a été notifiée et sur la base de laquelle elle a (décidé d'introduire) est contraire aux pièces du dossier administratif et largement insuffisante. Elle la prive notamment de pouvoir formuler utilement ses griefs à l'égard de la vérification des prix telle qu'elle

aurait été réalisée par la partie adverse, dans le délai légal de 15 jours qui lui octroie le législateur ».

V.2. Thèse de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse conteste l'intérêt de la requérante aux deux moyens de la requête.

Elle fait valoir ce qui suit :

- « Votre Conseil considère dans une jurisprudence constante qu'une partie requérante n'a pas d'intérêt relatif à un moyen, si celui-ci n'est pas de nature à rétablir sa chance d'obtenir le contrat public concerné.

En substance, la requérante soutient à l'appui de ses deux moyens que la partie adverse n'aurait pas vérifié la normalité des prix des soumissions, ne les aurait pas vérifiés adéquatement ou, à tout le moins, qu'à l'occasion de cette vérification, elle aurait commis une erreur manifeste d'appréciation et que sa motivation est défailante.

Or, il ressort de l'exposé des faits et des moyens et arguments développés ci-après et afférents aux deux moyens de la requérante, que la partie adverse a procédé à une vérification des prix des soumissions sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation.

Si Votre Conseil devait néanmoins considérer que la décision d'attribution ne serait pas adéquatement motivée à cet égard, ce constat ne serait toutefois pas de nature à rétablir sa chance à la requérante d'obtenir le contrat public concerné en ce qu'un tel constat n'affecterait pas le classement des offres. »

Sur le fond du moyen, en sa troisième branche, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- « 39. La partie adverse fait tout d'abord observer que l'arrêt du 3 janvier 2017 à laquelle se réfère la requérante n'est pas pertinent pour le cas d'espèce.

Dans cette affaire en effet, cinq offres avaient été déposées, en sorte que l'article 36, § 4, de l'arrêté royal était obligatoire. Cette disposition prévoit en effet que :

“ Dans le cas d'un marché de travaux [...] dans un secteur sensible à la fraude passé par procédure ouverte [...] 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 considération¹³ 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. [...]”.

Dans le présent cas, seules trois offres sont parvenues à la partie adverse.

Cette dernière a, en conséquence, constaté que l'article 36, § 4, ne trouvait pas à s'appliquer (fardes II, pièce n° 1) et a ensuite procédé à la vérification des prix, conformément à l'article 35 de l'arrêté royal passation.

N'ayant pas décelé de risque d'anormalité à l'issue d'un contrôle couvrant les postes du métré représentant 77,57 % du prix de l'offre la plus basse, la partie adverse n'avait pas à mettre en œuvre l'article 36, comme le soutient la requérante.

40. Par ailleurs, la décision motivée d'attribution ne se limite pas à indiquer, comme le soutient la requérante, qu'il y aurait seulement eu “intervention du Bureau des prix”.

Au contraire, après la mention de l'intervention du Bureau des Prix de la partie adverse, la décision motivée porte la considération suivante : "Considérant qu'après vérification des prix, les prix unitaires remis par le soumissionnaire Colas Belgium S.A. sont considérés comme normaux".

Cette considération est donc indépendante de celle par laquelle l'intervention du Bureau des Prix est signalée. Elle confirme donc bien qu'une vérification des prix a été réalisée indépendamment du rapport du Bureau des Prix de la partie adverse. [...] ».

Dans sa note d'audience déposée le 14 juillet 2023, la partie adverse conteste la recevabilité du moyen nouveau en ces termes :

« La requérante soutient en substance qu'elle n'aurait pas pu déduire de l'acte critiqué son moyen nouveau et que seule la consultation du dossier administratif lui aurait permis de former celui-ci.

Son affirmation est toutefois démentie par les arguments qu'elle développe par sa demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence, en ce que ces arguments sont très similaires, voire identiques à ceux qu'elle soutient par sa note d'audience.

Elle a en effet déjà soutenu que "La motivation de la décision d'attribution est insuffisante pour comprendre quel a été le périmètre de vérification exact du Bureau des prix" (paragraphe 34 de sa demande), outre le fait que "la motivation est insuffisante pour comprendre pour quels motifs la partie adverse a abouti à la conclusion que l'offre de Colas Belgium ne comprenait aucun prix unitaire anormal" (paragraphe 35 de sa demande).

Le moyen n'est dès lors pas nouveau, comme tente de le soutenir la requérante.

Votre Conseil considère qu'une "note d'audience n'est pas prévue par l'arrêt royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État et ne requiert donc pas de réponse formelle. La communication d'une telle note par écrit avant l'audience doit se comprendre comme un geste de courtoisie envers l'autre partie et le Conseil d'État, et n'est pas prise en considération comme pièce de procédure mais uniquement à titre informatif. En l'espèce, ladite note d'audience ne comporte pas d'élément dont le requérant n'ait fait état à l'audience".

La note d'audience n'est pas recevable dès lors qu'elle ne contient pas d'éléments nouveaux et doit être écartée pour ce motif.

Dans cette mesure seulement, la présente note d'audience doit pareillement être écartée ».

Sur le moyen, elle fait valoir qu'il ressort tant de l'acte attaqué que du dossier administratif que la partie adverse a procédé à la vérification des prix des soumissions de l'adjudicataire du marché et de la partie requérante.

Elle rappelle que, selon la jurisprudence du Conseil d'État, s'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans sa motivation pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix. Elle se réfère à sa note d'observations dans laquelle elle estime avoir démontré qu'elle a procédé à une vérification sérieuse des prix.

V.3. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la recevabilité du moyen nouveau

Il ressort de l'article 47 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 que la demande de suspension dont est saisi le Conseil d'État en la présente cause et les moyens soulevés à l'appui de celle-ci doivent être examinés exclusivement dans le cadre d'une procédure en extrême urgence, ce qui réduit sensiblement les droits de la défense des autres parties ainsi que la contradiction des débats. Cette procédure ne paraît certes pas, dans son principe, incompatible avec la faculté de soulever de nouveaux moyens. Encore faut-il que le moyen nouveau puisse être débattu en tous ses aspects à l'audience. Par ailleurs, dans l'hypothèse où le moyen nouveau est présenté comme étant d'ordre public, il peut se justifier qu'il ne soit pas examiné lorsque l'invocation de ce moyen par la partie requérante apparaît, au vu des circonstances propres au cas d'espèce, comme portant une atteinte avérée à la loyauté procédurale, qui constitue un manquement substantiel au déroulement normal et adéquat de l'examen du recours.

En l'espèce, il s'impose de constater que la requérante n'a pu prendre connaissance du rapport d'analyse des offres et de la pièce « vérification des prix » qu'à la suite de la communication du dossier administratif. S'il est exact que le moyen « nouveau » se situe dans la continuité de la troisième branche du second moyen, il n'en demeure pas moins qu'il se fonde sur des éléments dont la requérante n'a pu avoir connaissance qu'à la suite de la consultation du dossier administratif. Qu'ils se rattachent au second moyen de la requête ou qu'ils soient considérés comme constituant un moyen nouveau, les griefs formulés dans la note d'audience de la requérante sont recevables. Il a pu en être débattu, dans tous leurs aspects, à l'audience. La partie adverse, qui en a été informée en temps utile avant l'audience, a elle-même pu déposer une note d'audience.

S'agissant des notes d'audience, s'il est exact qu'elles ne sont pas prévues par le règlement de procédure, elles constituent un geste de courtoisie envers les autres parties et le Conseil d'État. Elles peuvent servir de support à la réplique formulée à l'audience et permettent de s'assurer du respect du contradictoire, spécialement lorsqu'un moyen nouveau est soulevé postérieurement à la suite de la consultation du dossier administratif.

Quant à l'intérêt aux moyens

La partie adverse conteste l'intérêt de la requérante aux moyens de la requête. Sa contestation se fonde sur le raisonnement selon lequel l'intérêt à un moyen n'est établi que si celui-ci est de nature à rétablir la chance de la partie requérante d'obtenir le marché public concerné. En d'autres termes, l'annulation fondée sur le moyen concerné doit procurer à cette dernière un avantage, ce qui, selon la partie adverse, n'est pas le cas.

La référence à l'absence d'avantage qui résulterait, ou non, d'un constat de l'illégalité alléguée rappelle les conditions dans lesquelles était admis, non pas l'intérêt au moyen, mais bien l'intérêt au recours formé contre la décision d'attribution d'un marché public, et ce antérieurement au régime aujourd'hui fixé par la loi du 17 juin 2013. La reconnaissance de l'intérêt à un tel recours était alors subordonnée à la probabilité que l'annulation sollicitée procurât un avantage au requérant, cet avantage s'identifiant notamment dans la nouvelle chance de se voir attribuer le marché convoité. Selon le régime fixé par la loi du 17 juin 2013 précitée, la recevabilité *ratione personae* du recours en annulation dirigé contre la décision d'attribution d'un marché public ne se vérifie plus en considération d'une perspective d'avantage que procurerait l'annulation sollicitée, mais bien au regard des prescriptions de l'article 14 de cette loi, lequel se lit comme suit :

« À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
- 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
- 3° les documents du marché ou de la concession ».

En tant que tel, l'argument de la partie adverse tiré de l'absence d'avantage que la requérante retirerait – en vue de l'obtention du marché convoité – du constat de l'illégalité alléguée ne peut être retenu à l'appui d'une exception d'irrecevabilité du moyen, prise du défaut d'intérêt à celui-ci.

Le rejet de l'exception ainsi formulée ne dispense toutefois pas le Conseil d'État de statuer sur l'intérêt contesté de la requérante à son moyen, intérêt dont la vérification suppose que les violations alléguées à l'appui du moyen aient lésé ou risqué de léser la requérante. Puisque l'exigence de recevabilité du recours ne peut être confondue avec celle d'intérêt au moyen, la recevabilité de celui-ci doit

être examinée au regard de cette condition d'intérêt. À ce propos, il se comprend, à la lecture du préambule et des dispositions de la Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, que la volonté des auteurs de cette directive a été de veiller à ce que chaque État-membre organise un système de recours juridictionnels protégeant les opérateurs économiques à l'encontre des illégalités qui, dans le cours de la procédure de passation d'un marché public, les préjudiciaient, en les lésant ou en risquant de les léser. Il se déduit également de plusieurs modalités d'exercice ou de traitement des recours dont l'organisation est prévue par cette directive qu'a été prise en considération la nécessité de faire en sorte que l'exercice des recours juridictionnels n'ait pas pour effet de compromettre la bonne fin de la passation ou de l'exécution du marché concerné, en particulier au nom de l'intérêt public. La préoccupation de ménager un équilibre entre les intérêts respectifs des opérateurs économiques et des autorités adjudicatrices qui sous-tend le système conçu par la directive précitée, ainsi qu'entre l'efficacité des recours et celle des procédures de passation, est utilement rencontrée par l'exigence d'intérêt au moyen, cet intérêt consistant – en vue de l'équilibre ainsi recherché – dans la lésion qu'a causée ou risqué de causer au requérant l'illégalité alléguée par celui-ci.

En l'espèce, il suffit de constater que l'insuffisance de motivation que dénonce la requérante a pu la léser en la privant de la possibilité d'apprécier en connaissance de cause l'opportunité de diriger un recours en annulation contre cet acte et d'organiser ce recours, également en connaissance de cause. Elle l'a, en outre, privée de la garantie contre l'arbitraire administratif que constitue l'obligation de motivation formelle des actes administratifs.

L'exception d'irrecevabilité ne peut, à ce stade de la procédure, être retenue.

Sur le fond

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 33, 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. Il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à un contrôle des prix et des coûts. Il peut, à cette fin, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations

nécessaires. En cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il est, sauf pour les postes négligeables, tenu d'interroger le soumissionnaire et doit lui soumettre les données qui ne viennent pas de lui afin de lui permettre d'y réagir.

Le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer, dans les motifs de sa décision, la raison pour laquelle un prix proposé ne présente, selon lui, aucun caractère anormal. Il ne doit motiver formellement sa décision que lorsqu'un prix lui semble anormalement bas ou élevé et qu'il invite le soumissionnaire à justifier celui-ci. Dans ce cas, la décision de ne pas considérer le prix comme anormalement bas ou élevé 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. La décision d'écarter une offre parce qu'elle présente un prix anormal doit également être formellement motivée. Même si le pouvoir adjudicateur ne doit pas – dans un premier temps – indiquer les motifs pour lesquels les prix proposés lui semblent normaux, il n'en demeure pas moins qu'il doit ressortir de sa décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé à ce contrôle. Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère anormalement bas ou élevé d'un prix, il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à la vérification concrète des prix remis. Et si la détermination de ces prix s'avère complexe, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer d'être en possession de l'ensemble des éléments utiles lui permettant de comprendre les prix proposés et de vérifier concrètement leur normalité.

L'acte attaqué énonce ce qui suit à propos de la vérification des prix :

« 2. Régularité des offres

[...]

2.6. Vérification des prix unitaires

Considérant qu'il y a eu intervention du Bureau des prix ;
Considérant qu'après vérification, les prix unitaires remis par le concessionnaires Colas Belgium S.A. sont considérés comme normaux ;
Considérant que n'étant pas classés en ordre utile, les prix des offres remis par les soumissionnaires TRAVEXPLOIT SA et TRBA n'ont pas été analysés.

2.7. Conclusion

Considérant que les offres des soumissionnaires TRAVEXPLOIT et TRBA SA sont régulières sous réserve de la vérification des prix.
+
[...] ».

Le rapport d'analyse des offres indique ce qui suit à propos de la vérification des prix :

« 4.6. Vérification des prix

4.6.1. Vérification des prix unitaires

Les prix proposés par les soumissionnaires suivants sont normaux et acceptables sur base de l'avis remis par le bureau des prix :

- COLAS BELGIUM
- TRAVEXPLOIT SA

L'analyse du Bureau des Prix montre que l'offre la plus basse (COLAS BELGIUM) s'écarte de +13,04 % de l'estimation généralisée et que les postes à prix divergent représentent 6.11% du total de cette estimation. Elle peut donc être considérée comme globalement acceptable.

L'analyse réalisée en Direction Territoriale n'a mis en lumière aucune incohérence significative.

4.6.2. Vérification du prix total

Pas d'application, le nombre d'offres reçues étant inférieur à 4 ».

Il s'avère donc que le pouvoir adjudicateur a procédé à une vérification des prix et que le Bureau des prix a été consulté. Toutefois, l'avis dudit Bureau n'a pas été intégré dans la motivation de l'acte attaqué et il n'est pas contesté qu'il n'a pas été joint à celui-ci, la requérante n'ayant eu connaissance de la teneur de cet avis qu'en accédant au dossier administratif déposé par la partie adverse dans le cadre de la présente procédure. À supposer que la partie adverse ait entendu recourir au procédé de la motivation par référence, il n'apparaît donc pas qu'aient été respectées les conditions au respect desquelles est soumis le recours à un tel procédé pour qu'il soit satisfait aux exigences édictées par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Si, en revanche, l'acte attaqué est interprété en ce sens que la partie adverse, tout en suivant l'avis du Bureau des prix, a fondé sa décision contestée sur une motivation qui lui est propre, force est alors de constater que la motivation paraît, *prima facie*, stéréotypée et, partant, inadéquate, dès lors que la seule mention de l'intervention du Bureau des prix ne permet pas aux personnes concernées de comprendre les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a considéré comme normaux les prix remis par la SA COLAS.

Il n'apparaît pas évident, *prima facie*, qu'une motivation formelle à ce point succincte soit admissible en la présente espèce. L'offre la plus basse présente un écart très significatif par rapport aux autres offres. Si, comme le souligne la partie adverse, l'article 36, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ne s'applique pas dès lors que seulement trois offres ont été introduites, il n'en demeure pas moins que le pouvoir adjudicateur doit vérifier les prix globaux et que cette vérification devait

normalement l'alerter. Tel a vraisemblablement été le cas puisque le Bureau des prix a été consulté.

L'avis du Bureau des prix ne semble toutefois pas de nature à dispenser le pouvoir adjudicateur de tout autre examen.

En effet, après avoir constaté que « l'offre la plus basse de COLAS BELGIUM s'écarte de +13,04 % de l'estimation généralisée du Bureau des Prix » et que « les postes à prix divergent (élevé ou bas) représentent 6,11 % du total de l'estimation généralisée du Bureau des Prix », cet avis conclut que « la conjonction de ces deux pourcentages nous amène à considérer l'offre la plus basse comme globalement acceptable ». L'avis contient toutefois une réserve puisque, s'il indique que l'offre de COLAS BELGIUM pourrait être acceptée sans demande de justification de prix, il précise que c'est « sous réserve de votre propre analyse [celle de la Direction des routes de Charleroi], basée sur des éléments spécifiques dont nous n'aurions pas connaissance ». Pour toute appréciation de cette analyse des données du Bureau des prix, le rapport d'analyse des offres se limite à indiquer : « l'analyse réalisée en Direction Territoriale n'a mis en lumière aucune incohérence significative ». Or, cette analyse ne figure pas au dossier et aucune pièce n'en relate le contenu.

Aucun élément du dossier ne permet de connaître les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a estimé pouvoir se limiter à l'analyse du Bureau des prix. En se limitant à indiquer qu'il y a eu intervention du Bureau des prix, la motivation de l'acte attaqué est insuffisante en ce qu'elle empêche de comprendre le raisonnement du pouvoir adjudicateur dans le cadre de la vérification des prix. Les développements figurant dans la note d'observations à ce propos s'apparentent à une motivation *a posteriori*.

Le second moyen de la requête, en sa troisième branche, et le moyen nouveau sont sérieux.

VI. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporterait sur ses avantages.

VII. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel les offres de la requérante (pièce C.3.), de la SA COLAS (pièces C.1., C.2. et C.5.) et de la SA TRBA (pièce C.4.) ainsi que le tableau des prix du 9 mars 2023 (pièce C.6.) et la version non caviardée de l'analyse du Bureau des prix du 16 mars 2023 (pièce C.7.). La partie requérante conteste la confidentialité de cette dernière pièce. La partie adverse répond en exposant notamment en quoi la divulgation des éléments occultés dans la version du document figurant au dossier non confidentiel relèverait, pour certains, du secret des affaires et serait, pour d'autres, de nature à donner un avantage concurrentiel aux parties à la présente procédure dans le cadre de soumissions à d'autres marchés, de sorte que la confidentialité de ces données est, selon elle, nécessaire pour garantir la concurrence.

Dès lors que les informations sur lesquelles les parties divergent quant à leur confidentialité n'ont pas été nécessaires à l'examen qui précède et, partant, à la solution du litige, il n'y a pas lieu de trancher cette question. La confidentialité des autres pièces n'est pas contestée. Il y a donc lieu de maintenir la confidentialité des pièces C.1. à C.7. du dossier administratif.

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

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision du 13 juin 2023 de la Région wallonne d'attribuer à la société anonyme Colas Belgium le marché public de travaux ayant pour objet « N599 – Thuin : Réhabilitation de la traversée de Biercée – Bk 4.900 à 6.400 » est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces C.1. à C.7. du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le 3 août 2023 par :

Imre Kovalovszky,	président de chambre,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky