

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n° 257.189 du 25 août 2023

A. 239.745/VI-22.625

En cause : **la société anonyme COLAS BELGIUM,**
ayant élu domicile chez
M^e Jean-François JAMINET, avocat,
rue Plumier 10/2A
4000 Liège,

contre :

la ville de Seraing,
représentée par son collègue communal,
ayant élu domicile chez
M^{es} Thierry WIMMER et
Pierre-Olivier STASSEN, avocats,
rue Mitoyenne 9
4840 Welkenraedt.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 3 août 2023, la société anonyme Colas Belgium demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la ville de Seraing, de date inconnue mais notifiée par courrier recommandé du 19 juillet 2023, par laquelle celle-ci a décidé de déclarer irrégulière [son] offre [...], d'attribuer à un autre soumissionnaire le marché public de travaux ayant pour objet la "Création d'une piste cyclable entre Seraing et Neupré" et donc de ne pas [le lui] attribuer ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 4 août 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 25 août 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. Frédéric Gosselin, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Jean-François Jaminet, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Thierry Wimmer, 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

1. Le *Bulletin des Adjudications* du 26 janvier 2023 publie un avis de marché de travaux portant sur la « Création d'une piste cyclable entre Seraing et Neupré ».

Ce marché est passé par une procédure ouverte conformément aux articles 2, 22°, et 36 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et fait l'objet d'une publicité belge.

Au regard des pièces déposées par les parties, les documents du marché comprennent notamment un « Cahier des charges types Qualiroutes » approuvé par le gouvernement wallon le 20 juillet 2011 (ci-après : le CCT), et un cahier spécial des charges (ci-après : le CSC) ayant spécifiquement pour objet : « Création d'une piste cyclable entre Seraing et Neupré » et qui stipule que le CCT fait partie des documents contractuels applicables (art. 2.3.27).

2. Le 23 février 2023, la partie adverse publie un avis rectificatif au sujet du poste 471 (passerelle en bois sans rambarde de la division 4 Neupré).

3. La requérante dépose son offre le 15 mars 2023.

4. Par une lettre du 17 mai 2023, l'auteur de projet, en l'occurrence la province de Liège, vérifie les prix et sollicite des justifications quant à l'offre de la

requérante qui, selon ce courrier, « présente des prix anormalement bas/haut » pour 35 postes qu'il énumère, dont le « poste 3-D1527C* - Mise à blanc avec extraction, avec conservation sur le site – D.1.5. ».

5. La requérante répond le 30 mai suivant. S'agissant plus spécifiquement du poste 3-D1527C*, elle renvoie au prix remis pas son sous-traitant pour un « gyrobroyage ras de sol ».

6. Le 7 juin 2023, l'auteur de projet dépose le rapport d'examen des offres. Selon celui-ci, « les justifications de [la requérante] n'ont pas été admises car des erreurs ont été constatées dans le détail des justifications. En effet, le poste 3 – D1527-C* relatif à une mise en balance avec extraction est réalisé en sous-traitance. Le sous-traitant renseigné consulté par l'entreprise propose un prix unitaire de [X] euros/m² mais uniquement pour un gyrobroyage à ras du sol sans extraction des souches. Le prix rendu ne respecte donc pas les clauses techniques du poste. Par conséquent, son offre est irrégulière ».

7. Le 23 juin 2023, le collège communal de la partie adverse décide que l'offre de la requérante est irrégulière, à l'instar de celle de trois autres soumissionnaires, et d'attribuer le marché litigieux à la société E. T.

Il s'agit de l'acte attaqué, auquel est annexé le rapport d'examen des offres du 7 juin 2023 considéré « comme partie intégrante de la présente délibération ».

8. Par un courrier du 27 juin suivant, la commune de Neupré informe la partie adverse « qu'en l'absence des promesses fermes de subsides, la décision d'attribution ne peut être notifiée à l'adjudicataire ».

9. Par un courrier recommandé daté du 19 juillet 2023, reçu le 31 juillet 2023 selon la requérante, celle-ci est informée que le marché est attribué « à un autre soumissionnaire » et que son offre a été déclarée nulle, pour les motifs suivants :

« Les justifications des prix de [la requérante] n'ont pas été admises car des erreurs ont été constatées dans le détail des justifications. En effet, le poste 3 – D1527-C* relatif à une mise en balance avec extraction est réalisé en sous-traitance. Le sous-traitant renseigné consulté par l'entreprise propose un prix unitaire de [X] euros/m² mais uniquement pour un gyrobroyage à ras du sol sans extraction des souches. Le prix rendu ne respecte donc pas les clauses techniques du poste. Par conséquent, son offre est irrégulière ».

C'est à la suite de ce courrier qu'elle introduit le présent recours. Il n'est pas contesté que ce courrier n'est accompagné d'aucune annexe.

10. Le même jour, la partie adverse adresse à la s. a. E. T. la délibération précitée du 23 juin 2023 en précisant qu'elle est transmise « à titre purement informatif et ne constitue en aucun cas un engagement contractuel ».

11. Par un courriel du 1^{er} août 2023, la requérante interpelle la partie adverse pour obtenir l'analyse complète des offres.

12. Par un courrier du 14 août 2023, celle-ci lui transmet la décision motivée du 23 juin 2023 qui reprend *in extenso* la motivation de l'analyse des offres du 7 juin 2023 et celle du courrier précité du 19 juillet 2023.

Dans sa note d'observations, la partie adverse précise qu'elle n'a pas encore notifié le marché à l'adjudicataire.

IV. Recevabilité

La recevabilité du recours n'est pas contestée et n'apparaît pas contestable au regard 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'.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

V.1.1. La requête

Le moyen est pris de la violation de l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', des articles 34, 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques', de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs', notamment ses articles 1, 2 et 3, du principe de motivation matérielle, de l'erreur manifeste d'appréciation, et des principes généraux de minutie, de bonne administration et *patere legem quam ipse fecisti*.

La requérante rappelle les « principes applicables », fait valoir que l'obligation de vérification de la régularité de l'offre se double d'une obligation de motiver sa décision de qualifier une irrégularité de substantielle ou non, et le cas échéant, de déclarer l'offre nulle sur cette base, et indique que la liste de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 n'est pas exhaustive et que le

pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier *in concreto* que l'irrégularité relevée porte atteinte à l'égalité entre les soumissionnaires ou à la comparabilité des offres.

Dans une première branche, elle soutient que ses prestations prévues pour le poste 3, telles qu'elles ressortent de sa justification de prix, respectent les clauses techniques du cahier spécial des charges auxquelles renvoie le poste 3 du métré, « à savoir l'article D.1.5 (et non l'article D.1.6) ». Elle relève que d'après ce métré :

- les postes 2 et 240 renvoient à l'article D.1.3. « du cahier spécial des charges – Type Qualiroutes »,
- le poste 241 renvoie « à l'article D.1.6 du Qualiroute » qui concerne la « mise à blanc avec extraction » qu'elle cite, et qui est « complété par le cahier spécial des charges (p. 54) » qu'elle cite également.

Elle mentionne ensuite « le poste 3 litigieux, intitulé (visiblement à tort) “Mise à blanc avec extraction, avec conservation sur le site” [qui] renvoie expressément à l'article D.1.5 du Qualiroutes », qu'elle cite aussi. Elle observe que le CSC complète l'article D.1.5 du Qualiroutes. Elle en conclut que les prestations mentionnées dans le justificatif de prix du poste 3 du métré (« gyrobroyage à ras du sol sans extraction des souches ») est conforme au descriptif technique de ce poste, qui se trouve à l'article D.1.5 du Qualiroutes et du cahier spécial des charges, et que c'est donc à tort que la partie adverse a considéré que « le prix rendu ne respecte donc pas les clauses techniques du poste ». Elle fait valoir que celle-ci a visiblement considéré que le poste 3 était soumis à l'article D.1.6 du CCT et du CSC, qui vise des prestations de dessouchage, et qu'elle a par conséquent commis une erreur manifeste d'appréciation et « s'est écartée des règles qu'elle s'était imposée dans le cahier spécial des charges (à savoir que le poste 3 était régi par l'article D.1.5 et non par l'article D.1.6) ».

À l'appui d'une deuxième branche, elle fait valoir que la partie adverse a écarté son offre en considérant manifestement que le poste 3 du métré portait sur des prestations de « mise à blanc avec extraction », alors que les clauses techniques auxquelles il était renvoyé par ledit poste concernent des prestations de « mise à blanc sans extraction ». Selon elle, la partie adverse « aurait manifestement dû s'apercevoir de cette contradiction (si contradiction il y a) à l'examen des justificatifs de [ses] prix ». Elle estime qu'un examen minutieux de sa justification de prix aurait dû la conduire à relever l'erreur matérielle commise dans son offre et à la corriger. Elle fait valoir que quand bien même l'intention de la partie adverse aurait été en réalité de soumettre le poste 3 aux clauses techniques prévues à l'article D.1.6, « encore faut-il constater qu'il existerait une contradiction dans le libellé du poste 3 du métré qui vise à la fois la “Mise à blanc avec extraction” et l'article

D.1.5 », et qu'en examinant sa justification de prix avec minutie, la partie adverse aurait nécessairement dû relever cette contradiction et corriger son erreur matérielle, conformément à l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Elle estime que son intention réelle était facile à constater puisque le prix des prestations visées par l'article D.1.6 (qui concerne le poste 241) était connu et qu'à tout le moins, la partie adverse aurait pu l'inviter à s'expliquer sur cette erreur matérielle.

Elle relève encore, dans une troisième branche, que la partie adverse a considéré que le fait que le prix rendu pour le poste 3 du mètre ne respecterait pas les clauses techniques du poste permettait de déclarer son offre irrégulière et nulle, alors que, selon elle, « quand bien même le prix rendu pour le poste 3 du mètre ne respecterait pas les clauses techniques du poste (*quod non*), il s'agirait d'une irrégularité non substantielle isolée dont la présence ne permet pas de déclarer l'offre nulle ». Elle ajoute que la partie adverse ne justifie pas pour quel motif cette irrégularité serait substantielle ou aurait un des effets prévus à l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et conclut en conséquence à un défaut de motivation adéquate. Elle relève qu'à la lecture du cahier spécial des charges, il n'apparaît pas que l'incohérence supposée du prix d'un poste au regard des prestations des clauses techniques du cahier spécial des charges, tel qu'il ressort d'une justification, constituerait une irrégularité substantielle, c'est-à-dire celle à laquelle le pouvoir adjudicateur attache un caractère essentiel. Elle ajoute que, conformément aux principes d'égalité de traitement de transparence, il appartient au pouvoir adjudicateur d'être clair sur les exigences qu'il impose à un marché, afin que son comportement futur soit prévisible de sorte que, selon elle, « si un écart par rapport à certaines dispositions du cahier spécial des charges constitue une irrégularité, et *a fortiori*, une irrégularité substantielle, cela soit mentionné de manière explicite ». Elle considère, sur la base d'un arrêt n° 253.575 du 26 avril 2022, que « le cahier spécial des charges doit donc faire comprendre immédiatement aux soumissionnaires que la possibilité de s'écarter d'une clause technique est exclue, la compréhension contraire par plusieurs des soumissionnaires étant un signe de manque de clarté en ce sens ».

Elle fait valoir qu'en l'espèce, la partie adverse n'explique pas en quoi la circonstance qu'elle déduit de la justification du prix du poste 3 constitue une irrégularité, pourquoi cette irrégularité serait substantielle au sens de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et pourquoi elle impliquerait de déclarer son offre nulle. Elle estime que la circonstance que les prestations prévues pour le poste 3 ne respecteraient pas les clauses techniques du poste (*quod non*) n'est pas « de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou

incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues », et que ni les dispositions prévues à l'article D.1.5 ni celles prévues à l'article D.1.6 ne sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché. Elle explique que ce poste 3 porte sur un montant qui représente 0,12 % du montant de l'offre, et constitue donc un poste négligeable au sens de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, de sorte qu'un éventuel prix anormalement bas pour ce poste ne pourrait justifier que son offre soit écartée « en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée » au sens de l'article 36, § 3, alinéa 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Elle indique encore que si la partie adverse avait corrigé l'erreur matérielle commise à la suite de l'éventuelle contradiction dans le libellé du poste 3 du métré, cela aurait été sans aucun impact sur le classement, le prix unitaire pour le poste 241 renvoyant à l'article D.1.6 « Mise à blanc avec extraction » s'élevant à Y euros de sorte que l'application de ce prix au poste 3 aurait renchéri son offre de Z euros.

Elle en conclut qu'il n'y a donc aucun avantage discriminatoire à son profit et fait valoir que l'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés par la réglementation n'est pas déclarée nulle, et que la partie adverse ne motive pas adéquatement sa décision dès lors qu'à la lecture des motifs mentionnés dans le courrier de notification du 19 juillet 2023, il est impossible de comprendre pourquoi la prétendue irrégularité affectant son offre devrait conduire à la nullité de celle-ci.

Par un courriel du 22 août 2023, la requérante, après avoir pris connaissance du dossier administratif, ajoute une quatrième branche à son moyen unique, à l'appui de laquelle elle fait valoir, en substance une violation « des articles 4, 83 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et des autres dispositions et principes visés à la requête », dans la mesure où la partie adverse a déclaré son offre irrégulière au terme d'un processus de vérification des prix non conforme aux exigences de la réglementation sur les marchés publics et au cours duquel elle n'a, selon la requérante, pas respecté le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

V.1.2. La note d'observations

S'agissant de la première branche, la partie adverse admet qu'une erreur purement matérielle s'est glissée dans le métré transmis aux soumissionnaires. Elle précise que « le poste 3 du métré fait erronément référence à l'article D.1.6 [lire : D.1.5] des clauses techniques, et ce alors qu'il fallait en réalité se référer à l'article D.1.6 », que le métré repris en annexe au cahier spécial des charges mentionne :

« D1527-C* - Mise à blanc avec extraction, avec conservation sur le site - D.1.5. », et elle insiste sur les termes « avec extraction ». Elle en déduit que le libellé de ce poste était explicite en ce qu'il visait expressément une mise à blanc avec extraction, avec conservation sur le site et relève que le métré reprend également une référence D1527-C ainsi que le renvoi à un chapitre des clauses techniques du CSC, dont le point 5.3 « Chapitre D – Travaux préparatoires et démolitions sélectives » contient un point D.1. « Travaux préparatoires » qui décrit les travaux préparatoires à opérer dans le cadre du marché public litigieux. Elle explique que le point D.1.5. décrit les travaux relatifs à la « Mise à blanc sans extraction », alors que le point D.1.6. décrit les travaux de « Mise à blanc avec extraction », qu'ils complètent leurs équivalents dans le CCT, les cite et conclut que si le poste 3 « se référait effectivement de manière erronée à l'article D.1.5 des clauses techniques du cahier spécial des charges, cette erreur purement matérielle n'était pas de nature à induire en erreur un lecteur averti » dans la mesure où :

- le libellé du poste 3 vise expressément une « Mise à blanc avec extraction, avec conservation sur le site » ; d'après elle, ces termes définissent la nature du poste et n'emportent aucune interprétation possible quant aux travaux attendus qui impliquaient une extraction ainsi qu'une conservation sur site ;
- le poste 3 fait référence à la nomenclature D1527-C* qui est visée uniquement dans le chapitre D.1.6, et non dans le chapitre D.1.5 ;
- les lectures combinées du cahier spécial des charges et du métré traduisent l'existence d'une erreur strictement matérielle ne pouvant porter à conséquence.

Elle considère dès lors que la requérante n'est pas fondée à soutenir que le poste 3 viserait une mise à blanc sans extraction ou que l'erreur matérielle aurait été de nature à influencer la préparation de son offre, et qu'en remettant un prix pour une mise à blanc sans extraction pour ce poste, elle a commis une erreur qui ne lui est pas imputable et qui rend son offre irrégulière. Elle ajoute que son prix pour ce poste apparaissait, comme d'autres, anormalement bas après la vérification des prix, que des justifications ont été demandées à la requérante et qu'en réponse, elle a communiqué le courriel du sous-traitant qu'elle chargerait de l'exécution du poste 3, proposant trois prix différents pour trois postes différents :

- « - Gyrobroyage ras de sol [X] €/m²
- Dessouchage + gyrobroyage des souches sur le sol sans évacuation : [Y]€/m²
- Dessouchage avec évacuation : [Z]€/m² ».

En mentionnant le prix X dans sa justification, elle considère que la requérante a poursuivi dans son erreur, en tentant de justifier un prix manifestement irrégulier pour le poste 3 en se référant à une mise à blanc sans extraction. Elle cite les articles 81 et 82 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, constate que la requérante n'en a pas fait application ni en identifiant ni en faisant remarquer une quelconque

erreur matérielle ou contradiction dans les documents du marché, et invoque doctrine et jurisprudence pour faire valoir qu'à défaut, le soumissionnaire doit supporter les conséquences de l'interprétation erronée qu'il aura faite du cahier spécial des charges, en l'espèce la compréhension du métré et du CSC. Elle conteste en conséquence toute erreur manifeste d'appréciation dans son chef dès lors que les justifications de la requérante pour le poste 3 font spécifiquement référence au gyrobroyage des souches sur le sol, sans évacuation, sans prendre soin de viser un prix pour une mise à blanc avec extraction en répondant aux attentes du pouvoir adjudicateur telles qu'explicitées dans les clauses techniques du CSC nonobstant le poste 3 du métré qui précisait spécifiquement « Mise à blanc avec extraction, avec conservation sur le site » ainsi que les références expresses D1527-C* reprises au point D.1.6. du CSC. Elle explique que le point D.1.5. du cahier spécial des charges renvoie quant à lui vers d'autres références « qui ne permettent aucune confusion avec celle du point D.I.6 », et qu'il ne fait aucun doute que « tout lecteur attentionné comprend sans aucune difficulté le renvoi du poste 3 du métré vers le point D.I.6. du cahier spécial des charges malgré la présence d'une erreur matérielle mineure et non impactante ».

Elle ajoute qu'il ressort de la lecture du rapport d'examen des offres qu'aucun autre soumissionnaire n'a été interrogé sur le poste 3 parce que, selon elle, les autres soumissionnaires ont pleinement compris les attentes expresses du pouvoir adjudicateur quant au prix demandé pour celui-ci, avec pour conséquence que l'erreur matérielle susvisée n'a pas eu d'influence sur leur offre. Elle en déduit que la requérante « doit supporter les conséquences de sa lecture incorrecte et erronée du cahier spécial des charges, considérant qu'elle n'a pas interrogé ou alerté le pouvoir adjudicateur et ce, même à la suite des demandes de justifications de celui-ci », que dans la mesure où l'erreur du métré est purement matérielle, elle s'est méprise sur l'interprétation du métré et a remis, dans son offre initiale, un prix pour le poste 3 qui n'était pas régulier, et qu'à la suite de la demande de justification, elle a justifié son prix sans soulever une quelconque contradiction et a donc rendue incertaine son offre et son engagement.

En ce qui concerne la deuxième branche, elle cite l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, indique que selon la jurisprudence, l'erreur matérielle est celle qui a manifestement pour effet d'aboutir à un résultat contraire à celui qu'entendait poursuivre le soumissionnaire, cite le rapport d'examen des offres et répète que dans sa justification du prix pour le poste 3, la requérante n'a pas signalé l'existence d'une quelconque contradiction ou erreur matérielle dans les documents du marché, qu'elle s'est contentée de justifier et maintenir « un prix manifestement incorrect pour le poste 3 en ce que le prix qu'elle a justifié et remis portait incontestablement sur une mise à blanc sans extraction, en contrariété avec les

exigences des clauses techniques » en visant le prix X précité proposé par son sous-traitant, et qu'elle ne pouvait en conséquence « identifier et connaître [son] intention réelle ni quant à son engagement ou sa volonté d'exécuter les travaux en lien avec le poste 3 en conformité au cahier spécial des charges, ni quant au prix proposé par ses soins pour lesdits travaux ».

Selon elle, la requérante a expressément confirmé le prix relatif au poste 3, confirmant par-là l'existence d'un prix anormalement bas et sans lien avec les travaux attendus de sorte qu'elle ne pouvait « constater et rectifier une quelconque erreur matérielle dont aurait été entachée son offre, aujourd'hui invoquée pour les seuls besoins de la cause ». Elle explique que l'article 34, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 permet au pouvoir adjudicateur de rectifier les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres mais qu'en l'espèce, le prix proposé pour le poste 3 ne constitue ni une erreur arithmétique ni une erreur matérielle de sorte qu'elle l'aurait violé « si elle s'était aventurée sur la piste d'une correction de ce poste irrégulier ». Elle ajoute que « l'offre telle que déposée et les justificatifs produits n'étaient pas de nature à [la] rassurer quant aux intentions et engagements de la requérante » dans la mesure où « si le courriel du sous-traitant évoquait effectivement des prix pour le dessouchage + gyrobroyage des souches sur le sol, que ce soit avec ou sans évacuation, l'existence de ce courriel ne permettait ni de s'assurer de ce que ces prestations répondaient aux clauses techniques fixées ni de l'engagement du soumissionnaire pour exécuter les travaux en lien avec ce poste ».

Elle estime encore que contrairement à ce que soutient la requérante, il n'était pas possible de connaître ou déceler ses intentions, que si le métré comportait deux postes distincts (3 et 241) portant sur des opérations de mise à blanc avec extraction, sans évacuation, c'est justement pour permettre aux soumissionnaires de proposer des prix différents, tenant compte d'interventions projetées dans des zones distinctes, et que la requérante « reste en défaut de démontrer en quoi, au regard de l'attitude adoptée par ses soins tant lors de la remise du prix pour le poste 3 que lors de la justification de ce prix, [elle] avait l'obligation de l'interroger et/ou de corriger son offre au regard de l'irrégularité manifeste du prix proposé » parce qu'« au vu de l'incertitude liée à [son] engagement quant à l'exécution de certaines tâches en lien avec ce poste, il aurait été hasardeux et hautement critiquable de corriger d'autorité le prix proposé pour ce poste ».

Elle observe, quant à la troisième branche, que la requérante « estime que le prix déposé par ses soins pour le poste 3 du métré, quand bien même il devrait être reconnu comme irrégulier, ne constituerait pas une irrégularité substantielle ». Elle cite l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et un arrêt n° 242.147 du 26

juillet 2018 selon lequel « la régularité de l'offre revêt aujourd'hui une portée plus large qu'avant et vise le respect des documents du marché, des prescriptions réglementaires, ainsi que du respect du droit social, environnemental et du travail ». Elle explique que l'offre de la requérante est entachée d'une irrégularité substantielle « en raison d'un prix anormal et incontestablement irrégulier proposé par ses soins pour le poste 3 du métré, confirmant un non-respect des clauses techniques en lien avec ce poste du marché public », dans la mesure où « le prix déposé ne comprend nullement les coûts d'extraction, qui représentent pourtant une partie importante des coûts du poste 3 », de sorte que, selon elle, l'offre ne peut être comparée utilement à celles des autres soumissionnaires. Elle ajoute que l'irrégularité est de nature à rendre inexistant, incomplet et incertain l'engagement de la requérante à exécuter le poste litigieux du marché dans les conditions fixées par le pouvoir adjudicateur et qu'en dépit d'une demande de justification du prix, elle a défendu et maintenu un prix qui ne permettra pas d'assumer les missions et tâches en lien avec ce poste, comme définies par les clauses techniques, ce qui a eu pour conséquence « de rendre incertain son engagement à exécuter le marché dans les conditions prévues ».

Elle explique qu'aux yeux de l'auteur de projet et des siens, ne disposant que de la justification de prix du sous-traitant, il n'était pas certain que la requérante « souhaitait s'engager sur le prix du poste 3 confirmé par le sous-traitant pour assurer les prestations prévues par le point D.1.6, ni qu'elle serait en mesure d'assumer toutes les tâches visées par les clauses techniques. Le seul prix proposé par le sous-traitant pour certaines prestations ne peut traduire [son] engagement à exécuter le marché conformément aux conditions du cahier spécial des charges ». Elle en conclut qu'elle a légitimement pu considérer que son engagement à exécuter le marché public dans les conditions prévues « était incertain, emportant le caractère substantiel de l'irrégularité ». Elle soutient qu'elle dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire « évident et conséquent quant à ce », qu'il n'est pas admissible que, par cette branche du moyen unique, la requérante tente de substituer sa position et son interprétation à celles qu'elle a adoptées dans l'acte attaqué, et elle ajoute que l'exécution du poste 3 revêt une importance particulière pour le bon déroulement de la réalisation de la piste cyclable entre Seraing et Neupré, le point D.1.6. du CSC faisant partie des travaux préparatoires.

V.2. Appréciation quant à la troisième branche

La loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs' impose à l'autorité d'indiquer, dans l'*instrumentum* de l'acte administratif individuel, les considérations de fait et de droit qui le fondent afin de permettre à son destinataire de comprendre, à la lecture de cet acte, les raisons juridiques et factuelles qui ont conduit l'autorité à se prononcer dans ce sens, et

d'apprécier l'opportunité d'introduire un recours à son encontre. Pour être adéquate, et par ailleurs rencontrer l'obligation de motivation interne, la motivation doit reposer sur des éléments qui, au regard du dossier administratif, s'avèrent exacts, c'est-à-dire conformes à la réalité, pertinents pour la solution retenue et légalement admissibles. L'étendue de cette motivation dépend des circonstances d'espèce et doit être appréciée de manière raisonnable. Enfin, l'obligation de motivation formelle découlant de la loi du 29 juillet 1991 suppose que la motivation soit exprimée dans l'acte lui-même, les explications ultérieures figurant dans des écrits de procédure ne pouvant pallier le défaut initial de motivation formelle.

En l'espèce, la seule motivation formelle transmise à la requérante avant l'introduction de son recours est celle du courrier du 19 juillet 2023 – au demeurant reprise dans le rapport d'analyse des offres du 7 juin 2023 et dans l'acte attaqué lui notifié le 14 août 2023 – qui l'informe que le marché est attribué « à un autre soumissionnaire » et que son offre « a été déclarée nulle pour les motifs suivants :

Les justifications des prix de [la requérante] n'ont pas été admises car des erreurs ont été constatées dans le détail des justifications. En effet, le poste 3 – D1527-C* relatif à une mise en balance avec extraction est réalisé en sous-traitance. Le sous-traitant renseigné consulté par l'entreprise propose un prix unitaire de [X] euros/m² mais uniquement pour un gyrobroyage à ras du sol sans extraction des souches. Le prix rendu ne respecte donc pas les clauses techniques du poste. Par conséquent, son offre est irrégulière ».

Il s'avère ainsi qu'alors qu'il était demandé à la requérante de justifier le prix de pas moins de 35 postes, seule la justification de celui afférent au poste 3 D1527-C* « mise à blanc avec extraction, avec conservation sur le site » fonde la partie adverse à considérer toute son offre comme irrégulière et à la déclarer nulle, au seul motif que le prix justifié est donné « uniquement pour un gyrobroyage à ras du sol sans extraction des souches » et, partant, « ne respecte pas les clauses techniques du poste ». Indépendamment de la question liée à l'erreur matérielle du mètre soutenue dans la note d'observations et à l'interprétation du poste litigieux au regard des prescriptions D.1.5. ou D.1.6. du CSC et du CCT, force est de constater que la motivation ainsi communiquée à la requérante ne lui permet pas de comprendre pour quelle raison cette seule irrégularité ainsi identifiée serait à ce point substantielle qu'elle devrait entraîner la nullité de l'intégralité de son offre.

En effet, d'une part, l'article 76, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques' stipule que « le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3 ». En l'espèce, la

requérante a été invitée à justifier les prix de 35 postes et il résulte de la motivation attaquée que c'est exclusivement le prix du poste 3 D1527-C* qui fonde la nullité de son offre. La partie adverse a donc, implicitement mais certainement, déduit cette irrégularité substantielle non pas d'une combinaison ou d'un cumul de ces 35 postes comme l'autorise cette disposition, mais de ce seul poste 3. L'article 73, § 1^{er}, du même arrêté définit comme suit l'irrégularité substantielle :

« Art. 76. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

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

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

- 1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;
- 2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires ;
- 3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

§ 2. [...] ».

À l'examen de la motivation attaquée, force est de constater qu'aucune des trois hypothèses identifiées à l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 1° à 3°, n'y est mentionnée. Le même constat s'impose à propos de celles envisagées à l'alinéa 3, la partie adverse n'évoquant ni un avantage discriminatoire que le poste 3 conférerait à la requérante, ni une distorsion de concurrence, ni l'empêchement d'évaluation ou de comparaison de son offre avec les autres, ni, en raison de ce seul poste 3, le caractère « inexistant, incomplet ou incertain » de son engagement à exécuter le marché dans les conditions prévues. Se limiter à préciser, comme le fait le rapport d'examen des offres – et, sur sa base, l'acte attaqué –, que la prestation est contraire aux clauses techniques du marché ne permet pas de comprendre le caractère substantiel de l'irrégularité dès lors que la contrariété aux prescriptions du marché constitue l'essence même de toute irrégularité, qu'elle soit substantielle ou non. Partant, l'acte attaqué n'expose pas à suffisance, compte tenu des exigences de la loi du 29 juillet 1991, dans quelle mesure l'irrégularité reprochée pour le seul poste 3 serait substantielle, et les explications fournies *a posteriori* dans la note d'observations ne peuvent pallier ce défaut initial de motivation formelle.

D'autre part, comme le relève la requérante sans être contredite par la partie adverse, ce poste 3 porte sur un montant total représentant à peine 0,12 % du

montant de son offre. Le seul constat que ce prix « ne respecte donc pas les clauses techniques du poste », sans la moindre explication, fût-elle succincte, quant à cette violation péremptoirement affirmée, ne rencontre pas davantage l'exigence légale de motivation formelle. Tout d'abord, l'article 36, § 3, 1°, du même arrêté royal, selon lequel l'offre est écartée en raison de l'irrégularité substantielle liée au « caractère anormal » du montant d'un poste n'est, pas plus que la prescription D.1.6 du CSC et du CCT revendiquée dans la note d'observations, pas formellement invoqué dans la motivation attaquée. Ensuite, et en tout état de cause, conformément à cette disposition et à la loi du 29 juillet 1991, l'acte attaqué doit être motivé de manière à permettre à la requérante de comprendre dans quelle mesure ce prix du poste 3 est anormalement bas ou haut, et pourquoi ledit poste est non négligeable au point de justifier, à lui seul, la nullité de l'offre. Or force est de constater que la motivation litigieuse n'indique nullement si le prix du poste 3 est anormalement bas ou, au contraire, anormalement haut. En outre, l'acte attaqué ne démontre pas davantage, de manière chiffrée, le caractère anormal de ce prix, la partie adverse n'ayant pas même pris soin de joindre le rapport d'analyse des offres à la notification du 19 juillet 2023. Il est donc impossible pour la requérante, à la lecture de la motivation attaquée, de comprendre en quoi le prix unitaire du poste 3 serait anormal. Comme rappelé ci-dessus, les précisions postérieures contenues à ce propos dans la note d'observations ne permettent pas de rencontrer l'exigence légale de motivation formelle qui devait figurer *ab initio* dans l'acte attaqué.

Il résulte de ce qui précède que, *prima facie*, la seule affirmation que le prix unitaire proposé pour le poste 3 l'est « uniquement pour un gyrobroyage à ras du sol sans extraction des souches » et qu'il ne respecte en conséquence pas les clauses techniques, sans la moindre explication complémentaire quant à la conséquence irréversible de nullité de l'offre qu'en tire la partie adverse, méconnaît l'exigence de motivation formelle.

Le moyen unique est, *prima facie*, sérieux en sa troisième branche en ce qu'il dénonce une violation de la loi du 29 juillet 1991. Ce constat suffit pour entraîner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué sans qu'il soit nécessaire, à ce stade de la procédure, d'examiner la quatrième branche nouvellement développée après le dépôt du dossier administratif et de la note d'observations.

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

Les demandes respectives de confidentialité n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces 12 à 16.2 du dossier administratif et 5 et 7 du dossier de la requérante.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution, selon la procédure d'extrême urgence, de la délibération du collège communal de la ville de Seraing du 23 juin 2023, par laquelle celle-ci décide de déclarer irrégulière l'offre de la société anonyme Colas Belgium, d'attribuer à un autre soumissionnaire le marché public de travaux ayant pour objet la création d'une piste cyclable entre Seraing et Neupré et donc de ne pas l'attribuer à la société anonyme Colas Belgium, est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 12 à 16.2 du dossier administratif et 5 et 7 du dossier de la requérante 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 25 août 2023 par :

Frédéric Gosselin,	conseiller d'État, président f.f.,
Florence Van Hove,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Florence Van Hove

Frédéric Gosselin