

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

n° 257.248 du 8 septembre 2023

A. 239.856/VI-22.630

En cause : **la société anonyme S.B.M.I.,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Charles-Henri DE LA VALLÉE POUSSIN,
Maxime CHOMÉ et Juliette VAN VYVE, avocats,
place Eugène Flagey 7
1050 Bruxelles,

contre :

la Régie des Bâtiments,
ayant élu domicile chez
M^{es} Valentine DE FRANCQUEN et
Hugo DE GENNES, avocats,
chaussée de la Hulpe 185
1170 Watermael-Boisfort.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 août 2023, la SA S.B.M.I. demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du [10 juillet 2023], notifiée le 4 août 2023, de ne pas lui attribuer le marché ayant pour objet "les travaux, les fournitures, les services, le transport, la main-d'œuvre et tous les moyens nécessaires pour l'exécution de travaux d'assainissement d'asbeste et le renouvellement de dalles de plancher contenant de l'asbeste au 2^e étage du bloc D, quartier Gêruzet (Police fédérale, Etterbeek)", et d'attribuer le marché susmentionné à Laurenty Batiments Gebouwen SA ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 21 août 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 5 septembre 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^{me} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Charles-Henri de La Vallée Poussin, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Hugo De Gennes, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

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

« 1. La Régie des Bâtiments (ci-après la "REGIE DES BÂTIMENTS") est un organisme d'intérêt public fondé en 1971. Elle est le gestionnaire immobilier fédéral pour les services publics fédéraux et pour le patrimoine architectural et historique.

2. Par un avis de marché publié au Bulletin des Adjudications le 19 janvier 2023, la REGIE DES BÂTIMENTS lance un marché portant sur les travaux, les services, le transport, la main-d'œuvre et tous les moyens nécessaires pour l'exécution de travaux d'assainissement d'asbeste et le renouvellement de dalles de plancher contenant l'asbeste au 2^{ème} étage du bloc D, quartier Gêruzet (Police Fédérale, Etterbeek). Il est recouru la procédure ouverte.

3. Le dépôt des offres est fixé au 20 février 2023.

Six opérateurs économiques déposent une offre dans le cadre de ce marché :

Nom	Numéro d'entreprise	Adresse	Montant de l'offre hors TVA	Montant de l'offre comprise TVA
Caro-Maintenance SA	BE 0476.584.358	Zoning Industriel-2ème rue 31 6040 Charleroi	575.613,56€	696.492,41€
Grond- en Afbraakwerken G. en A. De Meuter NV	BE 0444.218.428	Reflexbaan 250 1740 Ternat	628 752,44€	760 790,45€
Laurenty Bâtiments Gebouwen SA	BE 0475.647.418	Mont Saint-Martin 73 4000 Liège	467.707,25€	565.925,77€
Renotec NV	BE 0436.207.911	Acaciastraat 14C 2440 Geel	551.838,73€	667.724,86€
S.B.M.I. SA	BE 0440.338.923	Route de Wallonie (G.) 4B 7011 Mons	424.484,25€	513.625,94€
Valens SA	BE 0424.905.926	Avenue Brugmann 27 1060 Saint-Gilles	297.245,25€	359.666,75€

4. Dans le cadre de l'analyse des offres, la REGIE DES BÂTIMENTS procède à la vérification des prix.

5. Par un courrier du 3 mars 2023, la REGIE DES BÂTIMENTS, en application des articles 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, demande à SBMI des clarifications sur les prix des postes suivants :

- Poste 16 : création d'une zone hermétique;
- Poste 17 : évacuation d'asbeste friable;
- Poste 19 : Nettoyage fin d'éléments structurels.

6. Par un courrier du 9 mars 2023, SBMI apporte des clarifications et explication sur les prix qu'elle a remis pour les postes précités.

7. Par un courrier du 15 mai 2023, la REGIE DES BÂTIMENTS interroge à nouveau SBMI sur le prix qu'elle a remis, pour le poste 17, conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

8. Par un courrier du 23 mai 2023, SBMI apporte une nouvelle explication quant à ce poste.

9. Par une décision motivée du 3 août 2023, la REGIE DES BÂTIMENTS :
- Attribue le marché à la société anonyme LAURENTY BÂTIMENTS GEBOUWEN;
- Décide d'exclure SBMI au motif que son offre est frappée d'une irrégularité substantielle.

La REGIE DES BÂTIMENTS motive l'exclusion de SBMI comme suit :

- **S.B.M.I. SA**

Dans le cadre de la vérification des prix, le prix total de l'offre de SBMI n'est pas inférieur de plus de 15% au montant moyen de l'ensemble des offres remises par les soumissionnaires conformément à l'article 36 § 4 A.R. Passation (à savoir 582.425,52 EUR, TVA comprise).

Lors de l'examen des prix, l'offre de SBMI contient des prix unitaires apparemment anormaux pour les postes suivants :

- Poste 16 (20.01 – Création d'une zone hermétique)
- Poste 17 (20.03.01 – Evacuation d'asbeste friable)
- Poste 19 (20.04.01 – Nettoyage fin d'éléments structurels)

Pour cette raison, la Régie des Bâtiments a demandé au soumissionnaire par courrier daté du 03/03/2023, en application de l'article 35, A.R. Passation, de lui transmettre une clarification concernant la composition des prix pour les postes mentionnés ci-dessus, considérés comme apparemment anormaux.

Dans son courrier du 10/03/2023, le soumissionnaire a communiqué de informations sur ses prix. La réponse a été donnée dans le délai prescrit par le pouvoir adjudicateur et est donc recevable. Toutefois, sur la base de l'analyse de cette dernière, le pouvoir adjudicateur a estimé que les justifications données par le soumissionnaire sur le poste 17 étaient insuffisantes car au vu du procédé que le soumissionnaire souhaiterait utiliser pour exécuter ce poste, le prix est considéré comme anormalement bas (cf. infra).

De ce fait, la Régie des Bâtiments a demandé au soumissionnaire par courrier daté du 15/05/2023, en application de l'article 36, § 2 A.R. Passation de lui transmettre la justification écrite nécessaire concernant le prix unitaire suivant considéré comme anormal :

- Poste 17 (20.03.01 – Evacuation d'asbeste friable)

Dans son courrier du 23/05/2023, le soumissionnaire a communiqué la justification de ses prix. La réponse a été donnée dans le délai prescrit par la loi et est donc recevable.

Sur la base d'une analyse des clarifications reçues le 10/03/2023 et de la justification des prix, dont celles fournies en vue de la justification, par le soumissionnaire, du respect des obligations visées à l'article 7 ; al. 1^{er} de la Loi relative aux Marchés publics, 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, ainsi qu'à la lumière de ses propres résultats, la Régie des Bâtiments estime que :

- Le soumissionnaire justifie qu'il ne fera pas appel à de la sous-traitance car il dispose du matériel et des ressources humaines nécessaires pour exécuter les travaux du poste 16. Toutefois, le prix unitaire du poste est supérieur de 76% par rapport à la moyenne. De ce fait, le prix de ce poste est considéré comme anormalement haut.
- Pour le poste 17, le soumissionnaire souhaite procéder à un tri des déchets sur place afin de dissocier les déchets d'asbeste friable de classe 1 et d'asbeste friable en traitement. Comme mentionné précédemment, cette solution avait été préalablement discutée lors de la visite des lieux mais le pouvoir adjudicateur a affirmé que cette dernière ne devait pas être prise en compte dans l'offre de base. Le soumissionnaire avait toutefois la possibilité de l'intégrer dans le volet D, ce qui n'est pas le cas.
 - Sachant que ce poste est considéré comme non-négligeable car il représente 32,036% du marché total par rapport à l'estimation, le prix unitaire est considéré comme anormalement bas car il est inférieur de 79,5% par rapport à la moyenne.
- Le poste 19 (Nettoyage) n'est pas l'objet principal du marché, à savoir l'enlèvement d'amiante et n'apporte donc pas de plus-value par rapport à la tâche finale demandée. Ce poste peut donc être considéré comme négligeable d'un point de vue technique.

En conclusion, le montant d'un poste non négligeable, à savoir le poste numéro 17, de l'offre de SBMI présente un caractère anormal. L'offre est donc refusée en raison d'une irrégularité substantielle, en application de l'article 36, § 3, premier alinéa, 1^o A.R. Passation.

10. Par un courrier du 7 août 2023, SBMI informe la REGIE DES BÂTIMENTS de son intention de faire valoir ses droits devant Votre Conseil.

11. Par une requête déposée en date du 18 août 2023, SBMI demande la suspension de la décision motivée d'attribution du 3 août 2023. ».

IV. Irrecevabilité de la demande de suspension en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché à la requérante

La requérante sollicite notamment la suspension de l'exécution de la décision (implicite) de ne pas lui attribuer le marché litigieux.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître *ipso facto* que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, la requérante n'invoque pas les éléments concrets qui, eu égard à tous ceux dont il faut tenir compte dans le cadre du présent recours, permettraient d'aboutir à la constatation que l'autorité n'avait d'autre option que de la désigner comme attributaire du marché, si les violations qu'elle dénonce – pour autant qu'elles soient établies – n'avaient pas été commises.

En tant qu'elle est dirigée contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un moyen unique de « la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics [...] et, notamment, ses articles 4 et 84; la violation de la loi du 17 juin 2013 et, notamment, ses articles 4 à 6; la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs [...] et, notamment, ses articles 2 et 3; la violation de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques [...] et, notamment, ses articles 35, 36 et 76; la violation des documents du marché; la violation du principe de la motivation interne des actes administratifs, du principe *patere legem quam ipse fecisti* et du devoir de minutie; l'incompétence de l'auteur de l'acte et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Dans des « observations liminaires », la requérante rappelle la portée des dispositions et principes applicables au contrôle des prix, imposé par la réglementation des marchés publics, et reproche à la partie adverse de ne pas exposer les éléments qui l'ont amenée à suspecter d'anormalité les prix des postes 16 et 17, ce qui l'a empêchée d'exercer pleinement son droit de justifier ses prix

(plus particulièrement pour le poste 16) et a compliqué la compréhension de la motivation relative à l'appréciation des justifications qu'elle a fournies. Elle relève aussi que la partie adverse semble rejeter les justifications données pour les postes 16 et 17, mais écarter son offre en retenant uniquement l'anormalité du prix remis pour le poste 17. Elle souligne que ce n'est que « par souci d'exhaustivité » qu'elle conteste l'acte attaqué en ce qu'il rejette les justifications fournies pour chacun des deux postes.

Dans une première branche, relative au prix remis pour le poste 16 « création d'une zone hermétique », la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir, dans sa demande de justifications, précisé que le prix proposé lui semblait anormalement élevé, ce qui l'a empêchée de justifier correctement ses prix. La requérante dénonce également une attitude incohérente dans le chef de la partie adverse qui ne lui a demandé de justifications supplémentaires que pour le prix du poste 17 et pas celui du poste 16. Elle écrit, à ce propos, ce qui suit :

« En effet, si la partie adverse considérait que les justifications fournies pour le poste 16 n'étaient pas suffisantes, elle aurait dû également demander des justifications plus détaillées pour ce poste dans son second courrier. Le fait qu'elle ne l'ait pas fait et qu'elle se soit uniquement concentrée sur le poste 17 constituait donc, pour la requérante, une indication que les justifications fournies pour le poste 16 étaient considérées comme suffisantes. L'absence de demande de justifications complémentaires relatives au poste 16 dans le second courrier est d'autant plus regrettable que les justifications fournies par la requérante en réponse au premier courrier montraient clairement qu'elle pensait devoir démontrer que ce poste n'était pas anormalement bas. Or, comme exposé précédemment, la partie adverse le suspectait en réalité d'être anormalement haut. Par ailleurs, si la partie adverse considérait que les justifications pour le poste 16 n'étaient pas suffisantes, elle aurait pu s'arrêter là, sans avoir besoin d'aller plus loin dans la vérification du prix du poste 17. Un effet, un seul poste affecté d'un prix anormal suffit à justifier l'écartement de l'offre, pourvu que ce poste ne soit pas négligeable. De ce point de vue, l'envoi d'un second courrier visant à obtenir des justifications supplémentaires sur le poste 17 semble superflu ».

La requérante fait encore valoir que la motivation développée dans l'acte attaqué n'est ni suffisante ni adéquate, dès lors qu'elle ne permet pas de comprendre pourquoi la partie adverse juge inacceptables ou insuffisantes les justifications fournies relatives au prix remis pour le poste 16. Selon elle, la partie adverse ne pouvait, dans la motivation du rejet de son offre, se limiter à faire état de l'existence d'un écart entre les prix remis dans les offres, mais devait vérifier, compte tenu des justifications fournies, si le prix remis permettait de garantir une exécution du marché conforme aux documents du marché et rendre compte de cette analyse dans une motivation formelle élaborée, *quod non* en l'espèce.

Dans une deuxième branche, relative au prix remis pour le poste 17 « évacuation d'asbeste friable », la requérante fait valoir qu'elle a avancé une

justification « chiffrée et très détaillée » et qu'interrogée une seconde fois à ce sujet, elle a fourni des « justifications complémentaires, tout aussi chiffrées et détaillées ». Elle écrit, à ce sujet, ce qui suit :

« Au-delà d'une décomposition très précise de son prix, la requérante avançait plusieurs éléments justifiant le prix proposé pour le poste 17.
Premièrement, la requérante exposait qu'elle disposait du matériel et des ressources humaines nécessaires et qu'elle ne devait faire appel à aucun sous-traitant. Ainsi, elle précisait qu'elle possédait les véhicules nécessaires au transport ainsi que ses propres containers spécifiques, totalement amortis, dans lesquels étaient stockés les déchets. Elle ajoutait que le chauffeur des véhicules faisait partie de son *payroll*.
Deuxièmement, la requérante exposait que grâce à son agrément comme collecteur de déchets dangereux, d'une part, et du fait des volumes qu'elle collecte, d'autre part, elle bénéficiait de prix très compétitifs des centres agréés de traitement et d'enfouissement avec qui elle collabore depuis de nombreuses années.
Enfin, troisièmement, il ressort de ses justifications qu'elle proposait d'envoyer une partie des déchets (asbeste friable en traitement) qu'elle collecte en centre de traitement, et une seconde partie (asbeste friable de classe 1) en centre d'enfouissement. Elle ajoute que le prix qu'elle a négocié en centre de traitement s'élève à 950,00 EUR/tonne, alors que le prix négocié en centre d'enfouissement ne s'élève qu'à 80,00 EUR/tonne, ce qui lui permet de proposer un prix plus compétitif. »

La requérante critique la motivation de l'acte attaqué quant au prix et aux justifications remis pour le poste 17 en ces termes :

« [...] Tout d'abord, la motivation passe sous silence une partie importante des justifications fournies par la requérante. Elle n'expose notamment pas la manière dont la requérante a très précisément décomposé son prix ni n'explique en quoi cette décomposition serait incomplète ou inacceptable. De ce point de vue déjà, la motivation de l'acte attaqué est lacunaire.

[...] Deuxièmement, le seul motif avancé pour expliquer le rejet des justifications fournies par la requérante est que la partie adverse n'admet pas la solution choisie par la requérante en termes de traitement des déchets.

Il ressort de l'acte attaqué que cette solution aurait été "préalablement discutée lors de la visite des lieux" et que le représentant de la partie adverse aurait affirmé, à cette occasion, que cette solution ne devait pas être "prise en compte dans l'offre de base".

Force est de constater qu'un tel motif n'est pas légalement admissible et viole le principe de la motivation interne. En effet, l'inadmissibilité alléguée de la solution ne résulte pas des documents du marché, mais uniquement d'une prétendue discussion orale, tenue entre un membre du personnel de la partie adverse et quelques soumissionnaires non identifiés.

[...] Outre le fait que cette instruction orale n'a pas d'existence légalement établie, elle pose un problème évident de compétence. En rejetant la justification de la requérante pour le motif avancé, la partie adverse considère nécessairement que les instructions orales données lors de la visite de lieux feraient partie des termes des documents du marché qui s'imposaient aux soumissionnaires au moment de l'élaboration de leur offre.

Or, seul un organe compétent peut valablement modifier ou compléter les documents du marché, singulièrement sur un point qui est susceptible, comme en l'espèce, de fonder une irrégularité.

À cet égard, le Conseil d'État a déjà jugé ce qui suit :

“ Il s'impose, par ailleurs, d'observer qu'à l'égard de décisions prises par l'organe compétent d'un pouvoir adjudicateur, et ayant notamment pour objet d'approuver le cahier des charges d'une concession et l'avis de concession destiné à être publié, la publication des documents de la concession procède de l'exécution matérielle de ces décisions. Elle requiert donc l'adoption préalable de telles décisions et – lorsque s'impose la rectification ultérieure d'informations antérieurement publiées à propos d'une concession, par l'ajout de conditions que l'organe compétent n'avait pas préalablement fixées – cette rectification doit elle-même prendre appui sur une décision régulièrement prise à cette fin par cet organe compétent.

En outre, pour qu'une information intégrée dans les documents de concession, telle la date de début d'exécution de celle-ci fixée par le pouvoir adjudicateur, soit reconnue comme étant une exigence dont la méconnaissance par une offre entache celle-ci d'irrégularité, il faut que le pouvoir adjudicateur ait effectivement décidé de conférer à cette information ce caractère d'exigence. [...]

De ce qu'il doit ainsi être décidé en extrême urgence – et au vu notamment des éléments de fait précédemment rappelés – que le conseil d'administration de la partie adverse n'a fixé la date de début de la concession litigieuse au 7 mai 2019 et fait de cet élément une condition de cette concession, ni lors de sa séance du 15 octobre 2018 ni à un autre moment, il résulte, d'une part, que cette date de démarrage ne peut être considérée comme une condition fixée par l'organe compétent du pouvoir adjudicateur et, d'autre part, que la rectification ultérieure des documents de concession aux fins d'y intégrer cette date ne peut passer pour être l'exécution matérielle d'une décision régulièrement prise le 15 octobre 2018, mais résulte plutôt d'une initiative prise en ce sens par une personne autre que cet organe, personne dont la compétence à cet égard n'est pas établie en l'espèce” [...]

En l'espèce, une instruction orale donnée par un membre du personnel de la partie adverse à l'occasion d'une visite des lieux ne peut emporter une modification valable des documents du marché, susceptible de fonder une exigence dont le non-respect puisse entraîner une irrégularité de l'offre et son rejet.

[...] Il résulte des éléments qui précèdent que l'acte attaqué ne repose pas sur des motifs légalement admissibles en ce qu'il rejette l'offre de la requérante en lien avec le prix du poste 17. Il repose en outre sur une décision adoptée par un auteur incompétent.

De surcroît, la motivation développée n'est, en toute hypothèse, pas suffisante et ne permet donc pas de comprendre pourquoi toutes les justifications fournies par la requérante ont été rejetées.

À tout le moins, en décidant comme elle l'a fait, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation ».

2. Note d'observations

La partie adverse rappelle les principes juridiques applicables au contrôle des prix. Elle insiste sur le large pouvoir d'appréciation reconnu au pouvoir adjudicateur pour procéder à la vérification des prix, estimer le caractère apparemment anormal d'un prix, déterminer ceux à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications et examiner la validité des justifications apportées par le soumissionnaire concerné. Elle ajoute que, contrairement à ce qu'affirme la requérante, lorsqu'elle interroge un soumissionnaire sur la base des

articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, elle n'est pas tenue de préciser s'il est question d'un prix anormalement bas ou élevé.

Quant à la première branche du moyen, la partie adverse considère que les griefs invoqués sont irrecevables, dès lors que ce n'est pas le prix indiqué pour le poste 16 qui l'a déterminée à rejeter l'offre de la requérante, mais uniquement l'anormalité du prix remis pour le poste 17. Elle expose que la requérante n'a aucun intérêt à critiquer un élément de l'analyse des offres qui ne conduit pas à l'écartement de son offre. Elle explique, à titre subsidiaire, en quoi les griefs soulevés dans la première branche du moyen ne sont, selon elle, pas sérieux, en faisant, à nouveau, valoir qu'elle n'a pas fondé la décision d'irrégularité de l'offre de la requérante sur la base du prix remis pour le poste 16.

Quant à la deuxième branche du moyen, la partie adverse fait valoir les éléments suivants :

« [...] SBMI prétend que la RÉGIE n'aurait pas tenu compte des justifications qu'elle aurait apportées suite à son interrogation sur l'anormalité des prix.

[...]Justifications comparables pour des prix bas et hauts. Concernant les justifications avancées par SBMI, il est éclairant de constater qu'elles sont sensiblement les mêmes pour justifier des prix du poste 16 et du poste 17.

Ainsi, pour le poste 16, SBMI justifie son prix par le fait que :

- Elle dispose, en sa qualité de société agréée de prix compétitifs auprès de ses fournisseurs.
- Elle possède le matériel et les ressources humaines nécessaires pour mener à bien le projet.
- Elle ne fait pas appel à de la sous-traitance.

Pour le poste 17, SBMI justifie son prix par le fait que :

- Elle dispose de son propre camion, de ses propres conteneurs, en bref, de tout le matériel nécessaire.
- Son chauffeur fait partie de son *payroll*, et est donc une ressource humaine à sa disposition.
- Elle dispose, en sa qualité agréée de prix très compétitifs auprès des centres agréés de traitement et d'enfouissement.

Observons que ces justifications de prix sont du même genre, voire simplement identiques sur certains aspects, pour justifier des choses radicalement opposées : un prix bas et un prix haut... Pourtant, les prix du poste 16 de SBMI dépassent de 76% celui des autres offres, et le prix du poste 17 de SBMI est inférieur de 79,5% à celui des autres offrants. Face à une telle antinomie, il n'y a aucune erreur manifeste d'appréciation à considérer les explications comme non convaincantes, et c'est avec raison que la partie adverse conclut à l'anormalité du prix du poste 17.

[...] Prétendue modification des documents du marché par une personne incompétente. SBMI fait grand cas du fait qu'il est indiqué – dans la décision d'attribution – que la solution par elle envisagée (le tri sur place des déchets selon qu'ils sont à traiter ou à enfouir) ne peut pas être prise en compte au titre de justification. Elle prétend qu'il s'agirait d'une modification des conditions du marché apportée par une personne incompétente juridiquement.

Cet argument ne résiste pas à l'examen. Le cahier spécial des charges, en ses clauses techniques, se lit comme suit :

20.03. ÉVACUATION DE L'ASBESTE VERS UN COLLECTEUR AGRÉÉ

Généralités

Ce poste comprend le transport des déchets d'asbeste en dehors du domaine de l'État et l'évacuation de ces déchets auprès d'un collecteur agréé. Les travaux et services dans ce poste sont conformes aux dispositions de la **Partie 1 – Dispositions techniques générales pour les travaux d'assainissement d'asbeste**, au plan de travail approuvé par la Régie des Bâtiments et Bruxelles Environnement et aux réglementations en vigueur.

Description :

Ce poste est justifié par les bons de livraison transmis. Chaque bon de livraison est unique et sera associé de façon univoque aux travaux exécutés. À défaut de cette « association », les coûts réclamés resteront à charge de l'entrepreneur.

Application :

Matériaux démantelés contenant de l'asbeste provenant du domaine de l'État

20.03.01. Évacuation d'asbeste friable QP tonne

Nature du marché :

Quantité présumée (QP)

Mesurage :

unité de mesure : tonne
code de mesurage : bons de livraison transmis, arrondi à 0,001 tonne

20.03.02. Évacuation de laine minérale, contenant des fibres d'asbeste QP tonne

Nature du marché :

Quantité présumée (QP)

Mesurage :

unité de mesure : tonne
code de mesurage : bons de livraison transmis, arrondi à 0,001 tonne

Il en ressort que l'évacuation devant être organisée par l'attributaire porte, d'une part sur l'évacuation de l'asbeste friable (amiante) entre l'asbeste susceptible de traitement ou devant être mis en centre d'enfouissement sans qu'un tri sur place ne soit prévu dans les documents du marché, et d'autre part, sur l'évacuation des laines minérales qui contiennent des fibres d'asbeste. Aucun espace de tri n'est au demeurant prévu, ni de mesures particulières de sécurité à cet égard.

Le tri sur place entre les deux types de déchet n'est pas organisé dans les documents du marché. Il est par conséquent inexact de prétendre qu'il s'agirait d'une modification du cahier, et encore moins que cette modification aurait été décidée par une personne légalement incompétente.

[...] Tri non prévu dans les documents du marché et absence de mention de mesures de sécurité spécifiques. Observons encore ce qui suit. La décomposition des coûts apportée par SBMI n'est pas acceptable, car elle porte sur une prestation qui n'est pas en lien avec le prescrit des documents du marché : il n'y a pas de tri sur place prévu et encadré par l'adjudicateur. La RÉGIE étant dans son bon droit de ne pas accepter une justification de prix qui s'écarterait des conditions du marché en prévoyant une nouvelle étape sur chantier, qui pose de nouvelles questions en matière de sécurité.

Pour le poste 17, le soumissionnaire souhaite procéder à un tri des déchets sur place afin de dissocier les déchets d'asbeste friable de classe 1 et d'asbeste friable en traitement. Comme mentionné précédemment, cette solution avait été préalablement discutée lors de la visite des lieux, mais le pouvoir adjudicateur a affirmé que cette dernière ne devait pas être prise en compte dans l'offre de base. Le soumissionnaire avait toutefois la possibilité de l'intégrer dans le volet D, ce qui n'est pas le cas.

o Sachant que ce poste est considéré comme non négligeable, car il représente 32,036% du marché total par rapport à l'estimation, le prix unitaire est considéré comme anormalement bas, car il est inférieur de 79,5% par rapport à la moyenne.

Rappelons le contexte encadrant le dépôt des offres : lors de la visite des lieux, une membre de la RÉGIE clarifia les conditions du marché public. En effet, le tri des types d'amiante ne constituait pas une prestation prévue dans les documents du marché notamment parce qu'il est susceptible d'engendrer des dangers – non spécifiquement encadrés par l'adjudicateur – sur le chantier. C'est pour cette raison que la RÉGIE indiqua que les soumissionnaires auraient dû dans ce cas compléter le volet D du métré s'[ils] estimaient que le cahier spécial des charges comportât des lacunes :

Volet D - Lacunes

Dans ce volet, le Soumissionnaire indique les omissions constatées dans le métré récapitulatif en justifiant ces corrections.

Rien de tout cela en l'espèce dans l'offre de la requérante...

[...] Ce tri apparaît alors tardivement, dans les explications formulées – après coup – à l'occasion de l'examen de la régularité du prix. Mais, comment se fait le tri proposé par le soumissionnaire ? À quel endroit du chantier ? Selon quelles modalités ? Quelles sont les mesures de sécurité adoptées ? Toutes ces questions ne sont pas abordées dans la "réponse" formulée par SBMI... Autrement dit, loin d'apporter un éclaircissement permettant de comprendre pourquoi le prix proposé – qui est significativement plus bas – serait normal, la réponse de SBMI ouvre de nouvelles questions, auxquelles aucun début de réponse n'est formulé (ou même esquissé...) par la requérante, ni dans son offre, ni dans les explications ultérieurement formulées...

Ces éléments eussent été bien utiles, en fait...

D'autant que l'on sait que tant l'opérateur économique que l'adjudicateur doivent désormais spécialement être attentifs au droit environnemental :

Les opérateurs économiques sont tenus de respecter (...) à quelque stade que ce soit et par toute personne mettant du personnel à disposition pour l'exécution du marché, toutes les obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établies par le droit de l'Union européenne, le droit national, les Conventions collectives (...)

[...] Ce faisant, les explications avancées par SBMI au titre de "justification" manquent manifestement de pertinence. Compte tenu de l'importance de l'écart (pour rappel : 79,5% avec les postes des autres offres !), c'est à bon droit que la RÉGIE écarta l'offre de SBMI.

À cet égard, Votre Conseil a d'ailleurs déjà considéré que le caractère anormal des prix peut se juger en comparant le poste litigieux avec les offres des autres soumissionnaires.

En outre, Votre Conseil a également conclu que la justification d'un soumissionnaire par laquelle, il modifie le contenu du poste n'est pas admissible.

[...] Il n'y a par conséquent aucune erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la Régie, en présence d'explications lacunaires. La seconde branche du moyen n'est pas sérieuse et doit être rejetée par Votre Conseil ».

3. Débats à l'audience

À l'audience, la requérante explique que c'est « par précaution » qu'elle a développé les arguments relatifs à la première branche du moyen et qu'elle ne voit pas d'inconvénient à ce qu'il soit considéré qu'elle n'a pas intérêt à cette branche du moyen s'il est acté, dans l'arrêt à intervenir, que l'anormalité pointée pour le prix du poste 16 n'a pas justifié l'écartement de son offre. Quant au caractère sérieux de

cette branche du moyen, elle maintient que les justifications qu'elle a fournies n'ont fait l'objet d'aucune analyse de la part de la partie adverse.

Quant à la deuxième branche du moyen, la requérante fait valoir que les explications fournies dans la note d'observations sont tardives, conteste que les justifications de prix soient identiques pour les postes 16 et 17, expose que ce qui n'est pas prévu par le cahier spécial des charges n'est pas interdit, qu'en l'espèce, le cahier n'interdit pas le tri sur place des déchets avant leur évacuation, qu'il ne faut pas prévoir d'espace spécifique pour effectuer ce tri et que celui-ci ne crée aucun problème quant à la sécurité. Elle ajoute que les explications fournies par la partie adverse dans sa note d'observations restent très confuses, dès lors qu'il n'est pas possible de savoir si ce qui est reproché à la requérante, c'est d'avoir proposé un tri qui est interdit par les documents du marché ou de ne pas avoir expliqué la manière dont elle comptait effectuer celui-ci.

La partie adverse confirme, à l'audience, que la requérante n'a pas intérêt à la critique de la première branche de son moyen. Elle déclare avoir demandé à la requérante des informations concernant le prix du poste 16 sur le fondement de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et suspecté, sur la base des justifications reçues, une apparence d'anormalité pour ce prix, ce dont il est fait état dans la décision attaquée. Elle ajoute toutefois qu'il n'était pas nécessaire d'interroger plus avant la requérante sur ce point, sur la base de l'article 36 du même arrêté royal, car il lui suffisait de rejeter l'offre de la requérante en raison de l'anormalité du prix constatée pour le poste 17 du métré.

Quant à la deuxième branche du moyen, la partie adverse conteste que les explications qu'elle a fournies dans sa note d'observations constituent des motifs *a posteriori*. À son estime, ces explications clarifient seulement les motifs de l'acte attaqué, en indiquant que des justifications de prix qui sont semblables (internalisation des coûts) ne peuvent servir à justifier des prix à la fois anormalement bas et élevés, que le cahier spécial des charges – qui reprend, dans le détail, toutes les étapes des travaux de désamiantage (marché dangereux) – n'a pas prévu de tri des déchets sur place, que si le cahier présentait des lacunes à ce sujet, il appartenait au soumissionnaire de compléter le volet D du métré – ce qu'indique l'acte attaqué –, que l'agent présent lors de la visite des lieux a seulement rappelé les conditions du marché, que le tri préalable n'étant pas prévu par le cahier, la justification remise par la requérante n'est pas valable et que l'écart entre le prix remis par la requérante pour le poste 17 et les prix proposés par les autres soumissionnaires (3 à 4 fois plus élevé) pour le même poste est très important, ce poste représentant 1/3 du prix total estimé du marché.

V.2. *Appréciation du Conseil d'État*

Quant à la première branche

Prima facie, il apparaît que seule l'anormalité du prix remis par la requérante pour le poste 17 du mètre, relatif à l'évacuation d'asbeste friable, a justifié le rejet de son offre pour irrégularité substantielle. Ceci ressort clairement de l'acte attaqué, qui conclut comme il suit :

« En conclusion, le montant d'un poste non négligeable, à savoir le poste numéro 17, de l'offre de SBMI présente un caractère anormal. L'offre est donc refusée en raison d'une irrégularité substantielle, en application de l'article 36, § 3, premier alinéa, 1^o, A.R. passation ».

Il est bien précisé qu'il y a une anormalité reconnue pour le prix d'un seul poste non négligeable, le poste 17.

Certes, la requérante a été interrogée sur les prix remis pour d'autres postes, en l'occurrence les postes 16 et 19. Mais, comme la partie adverse l'indique dans sa note d'observations, cette demande d'informations est fondée sur l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, la procédure spécifique prévue, en cas de suspicion de prix anormaux, par l'article 36 du même arrêté royal n'ayant, pour ces deux postes, pas été mise en œuvre. La partie adverse a, par ailleurs, déclaré, à l'audience, que la mention qui figure dans l'acte attaqué, selon laquelle le prix du poste 16 est « considéré comme anormalement haut » ne fait état que d'une suspicion d'anormalité qu'il ne lui a pas été nécessaire de vérifier, l'offre de la requérante pouvant être rejetée sur la base du seul constat d'anormalité du prix remis pour le poste 17 du mètre.

La requérante n'a pas intérêt à critiquer un motif qui n'a pas servi de fondement à la décision de rejeter son offre pour irrégularité substantielle.

Le moyen unique, en sa première branche, n'est pas sérieux.

Quant à la deuxième branche

Dans la matière du contrôle des prix, imposé par la réglementation des marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour estimer le caractère apparemment anormal d'un prix, déterminer ceux à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications et examiner la validité des justifications apportées par le soumissionnaire concerné. Il n'appartient pas au

Conseil d'État de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, son contrôle étant, à cet égard, limité aux erreurs de fait et aux erreurs manifestes d'appréciation.

Il ressort de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques 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 un examen concret et effectif de ces justifications. Lorsque le pouvoir adjudicateur juge nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier certains prix en application de la disposition réglementaire précitée, la décision de considérer – ou de ne pas considérer – comme anormaux les prix de l'offre doit faire l'objet d'une motivation précise, faisant ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels l'adjudicateur a fondé cette décision.

En l'espèce, l'acte attaqué n'indique pas clairement si le tri préalable – dont fait état la requérante dans ses justifications de prix en dissociant les déchets d'asbeste friable de classe 1 et d'asbeste friable en traitement – est de nature à justifier le prix remis pour le poste 17. Par ailleurs, l'acte attaqué se borne à rejeter cette solution, sans se prononcer sur les autres éléments de justifications fournis par la requérante pour justifier le prix de ce poste (conditions favorables dont bénéficie la requérante et dont elle fait état dans son courrier de justifications du 23 mai 2023 – pièce confidentielle).

Le rejet de la solution d'un tri préalable des déchets avant leur évacuation est motivé par le fait que « cette solution avait été préalablement discutée lors de la visite des lieux », que « le pouvoir adjudicateur a affirmé que cette dernière ne devait pas être prise en compte dans l'offre de base » et que « [l]e soumissionnaire avait toutefois la possibilité de l'intégrer dans le volet D, ce qui n'est pas le cas ».

L'acte attaqué n'explique pas en quoi la solution proposée ne peut être admise ou prise en compte dans l'offre de base. Elle se limite à se référer à des discussions préalables qui se seraient tenues lors de la visite des lieux. Tel qu'il est rédigé, un tel motif ne paraît pas admissible. *Prima facie*, le rejet de la solution proposée d'un tri préalable ne peut se fonder sur ce qui aurait été discuté oralement entre un agent de la partie adverse et les soumissionnaires présents à cette occasion.

Dans sa note d'observations, la partie adverse motive autrement la décision de déclarer irrégulière l'offre de la requérante en raison du prix anormalement bas proposé pour le poste 17 du métré. Elle soutient que des

justifications semblables (internalisation des coûts) ne peuvent justifier des prix à la fois anormalement élevés et bas (pour les postes 16 et 17), que le tri préalable porte sur une prestation qui n'est pas prévue par le cahier spécial des charges, qu'aucun espace ni aucune mesure de sécurité ne sont prévus à cette fin par les documents du marché et qu'elle était en droit de rejeter une justification de prix (1) qui s'écarterait des conditions du marché en prévoyant une nouvelle étape sur chantier qui pose des questions de sécurité, de bonne exécution du marché et de respect du droit environnemental, social et du travail et/ou (2) qui ne serait pas suffisamment détaillée pour garantir la sécurité, la bonne exécution du chantier et le respect du droit environnemental, social et du travail et ne permettrait, dès lors, pas de comprendre pourquoi le prix proposé – qui est significativement plus bas que celui offert par les autres soumissionnaires – serait normal. Comme il vient d'être indiqué, l'acte attaqué ne fait mention nulle part de ces différents éléments. Les explications fournies *a posteriori* par la partie adverse, dans sa note d'observations et encore à l'audience, ne peuvent pallier les vices de motivation de l'acte attaqué. Il n'y pas lieu d'examiner la validité de ces motifs, soulevés tardivement dans le cadre de la présente procédure.

Le moyen unique, en sa deuxième branche, est sérieux.

VI. Balance des intérêts

La partie adverse sollicite, à titre subsidiaire, de rejeter la demande de suspension en recourant à la mise en balance des intérêts, visée à l'article 15, alinéa 3, 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. Elle affirme qu'« il y aura lieu de pondérer en l'espèce les intérêts des parties en présence ». Elle fait valoir que « le marché et son exécution sont critiques pour la police fédérale et pour le bâtiment qu'elle occupe ». Elle ajoute qu'elle « se réfère à la sagesse [du Conseil d'État] sur ce point ». Le conseil de la partie adverse n'est pas revenu sur cette demande lors des débats à l'audience.

L'article 15, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 précitée prévoit ce qui suit :

« L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages ».

La partie adverse n'indique pas, avec une précision suffisante, les conséquences négatives qui pourraient être attachées à un arrêt de suspension. Elle se limite à affirmer que « le marché et son exécution sont critiques pour la police fédérale et pour le bâtiment qu'elle occupe ». Elle ne fait valoir aucun élément concret pour étayer cette affirmation ni ne dépose aucune pièce pour démontrer celle-ci.

Il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de mise en balance des intérêts sollicitée par la partie adverse.

VII. Confidentialité

La requérante sollicite la confidentialité de l'offre qu'elle a déposée dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux et de ses deux courriers de justifications de prix. Il s'agit des « pièces confidentielles » 5, 7 et 9 annexées à la requête.

La partie adverse formule la même demande pour toutes les offres déposées et les échanges de courriers qu'elle a eus avec les différents soumissionnaires, pour ne pas nuire au secret d'affaires et maintenir une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit des « pièces confidentielles » 7 à 20 du dossier administratif.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision du 10 juillet 2023 d'attribuer le marché de travaux ayant pour objet « Etterbeek – Police fédérale – Bloc D : Désamiantage du 2^{ème} étage » (cahier spécial des charges n° BRU-2023-221949-203) à la SA Laurenty Bâtiments Gebouwen pour un montant de 467.707,25 euros (HTVA) et 565.925,77 euros (TVA comp.) est ordonnée.

La requête rejetée pour le surplus.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces « confidentielles » 7 à 20 du dossier administratif et les « pièces confidentielles » 5, 7 et 9 annexées à la requête 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 le 8 septembre 2023, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret