

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 258.508 du 19 janvier 2024

A. 227.175/VI-21.399

En cause : **la société à responsabilité limitée
PIERRE FRÈRE ET FILS,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Frédéric POTTIER et
Norman NEYRINCK, avocats,
boulevard d'Avroy 280
4000 Liège,

contre :

la commune de Theux,
représentée par son collègue communal,
ayant élu domicile chez
M^{es} Thierry WIMMER et
Gaëtan BIHAIN, avocats,
rue du Palais 64
4800 Verviers.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 février 2019, la SRL Pierre Frère et Fils demande l'annulation de « la décision d'attribution du marché de l'«aménagement et égouttage du village de Polleur», prise par la commune de Theux en date du 27 décembre 2018 ».

II. Procédure

Un arrêt n° 243.658 du 11 février 2019 a rejeté la demande de suspension de l'acte attaqué. Il a été notifié aux parties.

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

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 9 octobre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 22 novembre 2023.

M. Xavier Close, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Norman Neyrinck, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Thierry Wimmer, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section, 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. Exposé des faits

Dès lors que les faits utiles à l'examen de la cause sont relatés par l'arrêt n° 243.658 du 11 février 2019 et ne sont pas contestés, en tant que tels, dans le cadre de la procédure en annulation, il y a lieu de se référer à cet arrêt.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la partie requérante

A. Requête

La requérante prend un moyen unique qu'elle déduit de « [la violation de] l'article 14 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; [de la violation de] l'article 8, § 1^{er}, 2°, de cette même loi [...]; [de] la violation de l'article 36, § 3, 1°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; [de] la violation des articles 35, 36, §§ 1^{er} et 2, et 84, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 [précité]; [de] la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur [lire : relative à] la motivation formelle des actes administratifs; [de] la violation

des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 [précitée]; [de] la violation du principe d'égalité des soumissionnaires, de transparence et du principe de motivation interne des actes administratifs; de l'erreur manifeste d'appréciation; et de la violation du principe de bonne administration et de minutie ».

Elle expose son moyen comme suit :

« A.1.a. Première branche : les 3 premiers postes critiqués ont été adéquatement justifiés

6. La décision d'écarter l'offre de la partie requérante est justifiée au regard du fait que les 9 postes “ apparemment anormaux ” aux yeux de la commune de THEUX n'auraient pas été proprement justifiés. On lit ainsi dans l'acte attaqué :

“ Que les justifications de ces 9 prix unitaires ne peuvent qu'être considérés comme inacceptables”.

Cette affirmation est erronée.

7. La Commune de THEUX a sollicité des justifications de la part de la requérante pour 9 postes, soit les postes 206, 207, 208, 216, 217, 218, 239, 240 et 241.

Les postes ont été justifiés par la requérante dans son courrier recommandé du 30 novembre 2018. Les 3 premier postes ne sont finalement pas critiqués.

En effet, contrairement aux postes 216, 217, 239, 240 et 241 qui font l'objet d'une critique *ad hoc* par la décision attaquée, aucune critique spécifique ne porte sur les postes 206, 207, 208.

Seule la critique générale porte sur ces postes – critique générale selon laquelle :

“ Il a été constaté que pour tous les postes sur lesquels l'entrepreneur est interrogé, les justificatifs de prix remis ne permettent pas de retrouver les prix de soumission. Les écarts repris dans le tableau ci-après, varient de 1,51% jusque 43,51% ce qui est très important”.

Cette critique est inadéquate et non pertinente pour justifier des considérer les postes 206, 207 et 208 comme anormaux.

En effet, la justification explique sans faillir comment la SPRL PIERRE FRERE ET FILS parvient à proposer l'offre concurrentielle qu'elle a formée pour chacun de ces postes. L'offre formulée pour chacun de ces postes n'est pas trop basse.

Au contraire, après explication du détail du prix, une marge de sécurité subsiste même au profit de la PIERRE FRERE ET FILS pour chacun de ces trois postes (soit, 494,70 € pour le poste 206 ; 421,95 € pour le poste 207 et 421,95 € pour le poste 208).

8. Parce que l'acte attaqué considère que les postes 206, 207 et 208 sont anormaux alors même que ces postes étaient proprement justifiés en deçà des montants de l'offre, l'acte attaqué est affecté d'un vice de motivation, d'une erreur manifeste d'appréciation, viole l'article 36, §3, 1° de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 et doit être annulé.

A.1.b. Deuxième branche : les postes critiqués par l'acte attaqué étaient manifestement négligeables

9. L'acte attaqué est fondé sur l'article 36 § 3, 1° de l'AR du 18 avril 2017. Celui-ci est rédigé comme suit :

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

1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée”.

Au-delà même du fait que les justifications avancées par la partie requérante font obstacle à ce que tous les 9 postes critiqués puissent être qualifiés d'anormaux, l'acte attaqué échoue à motiver à suffisance de droit la raison de la mise à l'écart de l'offre de la SPRL PIERRE FRERE ET FILS.

10. Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, une décision administrative fondée sur l'article 36 § 3, 1° de l'AR du 18 avril 2017 ne peut se contenter de considérer que certains postes apparemment anormaux sont “non-négligeables” pour écarter une offre. Il convient encore d'expliquer pourquoi ces postes sont non-négligeables.

On lit ainsi dans un arrêt CE n° 240.679 du 7 février 2018 :

“ La décision attaquée ne montre pas que le pouvoir adjudicateur a vérifié si les postes pour lesquels les prix s'avéraient anormaux dépassaient ou non le seuil permettant de les qualifier de ‘non négligeables’. Au contraire, elle paraît soutenir dans sa note d'observations que toute anomalie affectant un poste de prix unitaire suffit à entacher l'offre d'irrégularité. La motivation de l'acte attaqué est insuffisante à cet égard”.

11. Dans le silence de la loi, on argumentera qu'un ou plusieurs postes apparemment anormaux peuvent être considérés comme négligeables ou non négligeables soit d'un point de vue qualitatif, soit d'un point de vue quantitatif.

Ce préalable posé, les lignes qui suivent démontrent que :

- l'acte attaqué procède à une analyse quantitative (et non qualitative) des erreurs évoquées, pour considérer qu'elles constituent cumulativement des erreurs non négligeables (1°);
- l'acte attaqué est frappé d'un vice de motivation en ce qu'il n'identifie pas le standard applicable à partir duquel l'offre pourrait être considérée quantitativement non négligeable (2°);
- la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant irrégulière l'offre de la [...] requérante (3°).

Parce qu'il échoue à indiquer pourquoi les postes critiqués seraient non négligeables, l'acte attaqué est affecté d'un vice de motivation; il est également le résultat d'une erreur manifeste d'appréciation.

(1°) L'acte attaqué procède à une analyse quantitative (et non qualitative) des anomalies évoquées, lesquelles seraient cumulativement non négligeables

12. La Note d'observation déposée par la partie adverse dans le cadre de la procédure en extrême urgence tente de laisser accroire que les 9 postes soi-disant anormaux seraient non-négligeables en raison de leur importance qualitative intrinsèque. On lisait ainsi :

“ Concernant les 3 postes afférents au traitement des terres polluées, il convient de préciser que la phase 1 de l'égouttage de POLLEUR a montré que les terres étaient polluées dans le centre du village. Ces postes ne concernent donc pas un aléa et seront, selon toute vraisemblance, mis en œuvre au moment de l'exécution du marché.

De même, concernant la pose des tuyaux, il s'agit de la pose de tuyaux en béton armé (contrairement à ce qu'affirme à tort la SPRL PIERRE FRÈRE ET FILS dans sa requête) à poser en milieu dense d'habitat avec la présence de nombreux impétrants. Ce contexte confirme qu'il ne s'agit pas d'un travail pouvant être qualifié de banal.

Les 9 postes litigieux, pour lesquels un prix anormal été identifié, sont donc qualitativement non négligeables". (Note d'observation, 21 janvier 2019, pp. 18 et 19)

Ces motifs ajoutent rétrospectivement à la motivation de l'acte attaqué. Aucun de ces développements ne se retrouve dans la motivation de l'acte attaqué.

13. Rien n'indique que les 9 postes critiqués seraient qualitativement non négligeables.

Bien au contraire, l'acte attaqué se place clairement sur le terrain de l'analyse quantitative.

Sur le caractère prétendument non négligeable des anormalités, les deux attendus principaux sont les suivants :

“ Attendu que le pourcentage cumulé des montants des neuf postes de l'offre reconnus anormaux atteint 6,75 % selon l'estimation, et que la valeur cumulée des erreurs démontrées y relatives atteint 4,96 % du montant de leur offre.

Attendu que les valeurs relatives de ces postes et du montant des erreurs sont à considérer comme non négligeables”.

Soit, des attendus fondés sur une quantification des erreurs, et non pas sur la description de l'importance des postes frappés par ces erreurs. *A fortiori*, aucune faiblesse qualitative générale, manifestée par le cumul de ces 9 postes précis ne semble être alléguée.

14. Cette analyse sera d'ailleurs implicitement confirmée par l'arrêt du Conseil d'Etat rendu au contentieux de la suspension d'extrême urgence (n° 243.658 du 11 février 2019). On y lit : [...].

15. D'ailleurs, l'acte attaqué critique l'accumulation des erreurs en ce qu'elles mèneraient ensemble à une marge trop importante.

Sur ce point, l'acte attaqué fait explicitement référence au “pourcentage cumulé des montants des neuf postes de l'offre reconnus anormaux” à “la valeur cumulée des erreurs démontrée” [...].

C'est donc bien l'accumulation de quantités qui est non négligeable, et non pas un poste en particulier, en raison de sa nature.

(2°) L'acte attaqué échoue à justifier pourquoi les postes “anormaux”, même cumulés, atteindraient un niveau “non négligeable”.

16. L'acte attaqué se place donc sur le terrain de l'analyse quantitative – ceci se manifeste à travers le calcul de ratios, et l'accumulation des ratios afférents aux postes critiqués.

Nonobstant, l'acte attaqué échoue à déterminer en quoi ou pourquoi l'accumulation des postes en question – équivalent à 4,96% du montant de l'offre dans l'appréciation de l'acte attaqué – devrait être considérée comme constituant un montant “non négligeable”.

Quel est le standard applicable ? A quelle aune les erreurs doivent-elles être considérées comme non négligeables ?

Assurément, lorsqu'un pouvoir adjudicateur retient une analyse quantitative des erreurs, une objectivation de sa décision est possible et nécessaire. A défaut, la motivation de la décision ne permet pas à son destinataire d'en comprendre la teneur.

Il incombe alors au pouvoir adjudicateur de définir le seuil d'erreur au regard duquel les erreurs en cause peuvent être considérées comme non négligeables.

L'acte attaqué s'abstient d'identifier ce seuil. Parce qu'il échoue à définir le standard de référence à l'aune duquel le cumul des postes anormaux devrait être considéré comme non négligeable (que ce soit dans son principe ou en pratique), l'acte attaqué est entaché d'un vice de motivation.

(3°) L'acte attaqué est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qu'il considère que l'offre de la partie requérante était affectée d'erreurs non-négligeables.

17. L'acte attaqué échoue à justifier pourquoi les anormalités des montants, atteindraient, même "cumulées" un niveau "non négligeable", ainsi que le requiert l'article 36 § 3, 1° de l'AR du 18 avril 2017.

Tout au plus, l'acte attaqué évoque-t-il des ratios – d'ailleurs improprement calculés.

18. Pour s'apercevoir de l'erreur manifeste d'appréciation qui entache l'acte attaqué, sans doute faut-il ici revenir à l'objectif poursuivi par le législateur.

L'objectif de la réglementation relative aux marchés publics est, d'une part, d'assurer une égalité d'opportunités entre soumissionnaires vis-à-vis de l'accès aux commandes publiques et, d'autre part, de permettre aux pouvoirs publics de bénéficier des meilleures conditions d'intervention susceptibles d'être fournies par le marché (soit, en matière d'attribution, le prix le plus bas).

Cela dit, un garde-fou a été mis en place en matière de prix anormalement bas. L'objectif du législateur est de prémunir les pouvoirs publics contre le risque de faillite du soumissionnaire en cours d'exécution du marché en raison d'un prix excessivement bas.

Ceci ayant été clarifié, il faut conclure qu'une accumulation de montants anormaux ne peut devenir non négligeable d'un point de vue quantitatif que si l'anormalité du montant dépasse la marge bénéficiaire habituellement pratiquée pour ce type de marché.

En d'autres termes, le soumissionnaire ne peut pas être critiqué pour avoir remis un prix bas, pourvu que l'anormalité qui affecte le montant des postes litigieux n'ait pas pour effet de rendre l'exécution de marché déficitaire pour lui.

19. La question qui se pose alors consiste à déterminer quelle est la marge bénéficiaire habituelle pour ce type de marché.

Selon la Confédération de la construction, en 2010 "les entreprises de construction ont engrangé une marge nette sur ventes médiane qui oscille entre 3,2% et 3,7%, selon les sous-secteurs d'activité".

En outre, ce taux, défini au plus fort de la dernière crise économique [...] devrait, selon toute vraisemblance, être aujourd'hui revu à la hausse.

Ceci, *a fortiori* dès lors que le pouvoir adjudicateur fait valoir dans sa Note d'observation déposée dans le cadre du recours en suspension d'extrême urgence :

“ La partie adverse relève à cet égard que les prix unitaires ont subi une forte inflation en raison d'une forte sollicitation des entrepreneurs en fin de PIC 2017-2018”.

En période de demande élevée et de rareté des offres, les profits augmentent. Les taux de marge pertinents relatifs à ce marché devraient donc à tout le moins être de 3,2 à 3,7%.

20. Or, en l'espèce, si les 9 postes prétendument anormaux atteignent ensemble 4,96 % du montant de la soumission lorsqu'ils sont considérés dans leur totalité il n'en va pas de même si on s'attache uniquement à la fraction des postes litigieux qui s'écarte de la normale.

Cette conclusion est d'autant plus justifiée que, pour le maître de l'ouvrage, le risque d'une défaillance de son soumissionnaire ne se matérialise pas dans l'absolu par poste pour la totalité de la valeur de ce poste (sauf si le prix remis pour le poste est égal à zéro – *quod non*), mais prend éventuellement corps dans la mesure où le prix remis s'écarte du prix nécessaire pour couvrir les prestations visées par le poste.

En d'autres termes, l'anormalité n'existe que dans la mesure où le montant s'éloigne de la normale.

Dès lors, le caractère non négligeable (i.e. : non risqué) de l'anormalité des montants des postes :

- ne devrait pas être apprécié à l'aune de la totalité du prix du poste par rapport à la valeur totale de l'offre; mais,
- devrait être apprécié à l'aune de l'anormalité (ie : la différence entre le prix du poste dans l'offre et le prix nécessaire pour réaliser le poste), par rapport à la valeur totale de l'offre.

21. En l'espèce, la note d'observation de la partie adverse révèle que la portion du prix des postes litigieux qui peut être considérée comme erronée par comparaison avec les estimations des prix réalisées par la partie adverse porte sur 12,36 % du prix de ces postes seulement.

[...].

On constate donc :

Alors que la valeur totale des 9 postes prétendument anormaux est de 60.843,25 € dans l'offre de la partie requérante, la note d'observation révèle que ces mêmes 9 postes présentent une valeur totale de 69.421,50 € selon les estimations du pouvoir adjudicateur.

Soit une différence de 12,36 % seulement.

22. Dès lors, les erreurs soulignées par l'acte attaqué portent sur 0,61% de la valeur totale de l'offre de la partie requérante.

(Où 0,61% = 12,36 % (soit, le montant “anormal” pour les 9 postes litigieux par comparaison avec le métré estimatif de la partie adverse) x 4,96 % (soit, le *pro rata* que représentent les 9 postes litigieux de la partie requérante par rapport au prix total de son offre).

L'anormalité qui affecte les postes litigieux représente donc 0,61% de la valeur totale de l'offre du soumissionnaire.

Soit un montant insignifiant, en tous cas bien en-deçà de la marge bénéficiaire habituelle du secteur (3,2 à 3,7 %)

Soit un montant qui ne représente aucun risque pour le pouvoir adjudicataire quant à une éventuelle défaillance du soumissionnaire.

Soit, un montant clairement négligeable, en sorte que l'offre de la partie requérante ne pouvait être écartée pour irrégularité substantielle.

Dès lors qu'il ne fait pas ce constat, l'acte attaqué est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation.

23. A titre surabondant, on soulignera que si le métré estimatif doit être l'élément de comparaison à l'aune duquel la légalité de l'offre de la partie requérante doit être appréciée – comme le décide l'acte attaqué – l'offre de la partie était près de 10% plus chère que le métré estimatif.

En effet, le PV d'ouverture des offres et le métré estimatif de l'auteur de projet révèlent que la valeur totale du marché, estimée par le maître de l'ouvrage était de 1245062,9 € TVAC, alors que l'offre de la SPRL PIERRE FRERE et THEUX était de 1382612,09 € TVAC.

Soit, un surprix 9,94 % de l'offre de la SPRL PIERRE FRERE ET FILS par rapport au prix total du métré de l'estimatif du pouvoir adjudicataire.

Dans ces circonstances, il est impossible d'évoquer un montant anormal non-négligeable.

Les éventuelles erreurs "anormales" de montants qui frappent les 9 postes litigieux ne sont pas de nature à constituer un quelconque risque pour l'administration.

Elles devaient dans tous les cas être considérées comme négligeables au regard des propres estimations de la partie adverse.

Ceci confirme l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation entachant l'acte attaqué.

24. A titre subsidiaire, à supposer même que l'administration puisse se prévaloir de l'offre des autres soumissionnaires pour contredire sa propre estimation – *quod non* : l'acte attaqué est motivé au regard de l'estimatif – il demeure que la marge d'erreur éventuelle de la partie requérante pour les 9 postes prétendument anormaux reste inférieure à la marge bénéficiaire habituelle du secteur.

A titre d'illustration, l'offre de BODARWE pour les 9 postes litigieux est de 115.450 €.

Poste	PU de l'offre de Bodarwé (en €)	Quantité métré	Prix total (en €)
206	200	110	22000
207	200	125	25000
208	200	45	9000
216	90	110	9900
217	110	125	13750
218	140	45	6300
239	30	400	12000
240	20	500	10000
241	15	500	7500
TOTAL			115.450

Soit, s'il fallait prendre cette donnée comme standard de comparaison – *quod non* – l'erreur réalisée par la partie requérante pour les 9 postes litigieux porterait sur une différence de 51,70 %.

25. Dès lors, les erreurs soulignées par l'acte attaqué porteraient au plus sur 2,56 % de la valeur totale de l'offre de la partie requérante.

(Où 2,56 % = 51,70 % (soit, le montant “anormal” pour les 9 postes litigieux par comparaison avec les estimations de la partie adverse) x 4,96 % (soit, le *pro rata* que représentent les 9 postes litigieux de la partie requérante par rapport au prix total de son offre).

Soit un montant insignifiant, en tous cas bien en-deçà de la marge bénéficiaire habituelle du secteur (3,2 à 3,7 %).

Soit un montant qui ne représente aucun risque pour le pouvoir adjudicataire quant à une éventuelle défaillance du soumissionnaire.

Soit, un montant clairement négligeable, en sorte que l'offre de la partie requérante ne pouvait être écartée pour irrégularité substantielle.

Dès lors qu'il ne fait pas ce constat, l'acte attaqué est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ».

B. Mémoire en réplique

Dans son mémoire en réplique, la requérante fait valoir ce qui suit :

« A.1.a. Première branche : les 3 premiers postes critiqués ont été adéquatement justifiés

[...]

i) Le “motif général” (ou “premier grief”) relatif à l'impossibilité de retrouver le prix de soumission est lui aussi critiqué

25. La réponse de la partie adverse est erronée.

Le premier grief formulé par le pouvoir adjudicateur, relatif au fait que les justificatifs de prix remis ne permettent pas de retrouver les prix de soumissions est effectivement critiqué dans la requête en annulation.

Ce motif est qualifié d’“inadéquat et non pertinent”.

Le caractère “inadéquat” de la critique implique un vice de motivation; le caractère “non pertinent” de la critique implique une erreur manifeste d’appréciation.

Ledit motif est donc bien critiqué : aucun motif ne subsiste et l’acte attaqué doit être annulé dès lors que la première branche est établie.

ii) L’acte attaqué ne critique pas le fait que la justification de la partie requérante se serait limitée à une décomposition du prix

26. Contrairement à ce que le mémoire en réponse de la partie adverse tente de faire accroire, la présentation de la justification du prix n’est pas en jeu.

L’acte attaqué n’a jamais critiqué la crédibilité de la justification avancée par la partie requérante (soit, le fait qu’elle se serait limitée à une décomposition du prix et qu’aucune documentation précise ne viendrait étayer cette décomposition).

Visiblement, les justifications ont été considérées comme crédibles par l’acte attaqué. L’acte attaqué se limite à critiquer le fait que les justifications ne permettraient pas de “retrouver” – c’est à dire : d’atteindre – le prix exact de la soumission.

27. Cette seule critique constitue une erreur manifeste d’appréciation, ainsi qu’une violation de la loi.

La réglementation relative aux prix anormalement bas a pour objectif de protéger l’administration contre le risque de défaut du soumissionnaire parce que le soumissionnaire aurait remis un prix trop bas qu’il ne pourrait pas assumer. Dans tous les autres cas – si le soumissionnaire justifie qu’il peut effectivement assumer le prix sans faire de perte – son prix doit être accueilli, conformément à l’article 81 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics, selon lequel : “le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l’offre économiquement la plus avantageuse.” En l’espèce, le Cahier spécial des charges disposait que “Le marché est attribué au soumissionnaire, non exclu et ayant satisfait aux critères de sélection, qui a remis l’offre régulière et économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur sur base du critère prix”.

Il en résulte que le soumissionnaire le moins-disant doit remporter le marché. Remettre un prix apparemment anormalement bas ne peut pas être critiqué toutes les fois où le soumissionnaire parvient à justifier qu’il lui est effectivement possible de pratiquer ce prix sans travailler à perte.

Dans ce cadre, si le soumissionnaire parvient à justifier ledit prix, voire même un prix inférieur – ce que la partie requérante a fait, avec sa marge de sécurité – sa justification est suffisante et doit être approuvée par le pouvoir adjudicateur.

Partant, le pouvoir adjudicateur ne peut critiquer le fait que le soumissionnaire justifie un prix inférieur au prix qu’il a remis sans commettre d’erreur manifeste d’appréciation dans son pouvoir d’appréciation des offres, sans violer le Cahier spécial des charges et sans violer son obligation de contrôle des prix.

iii) Conclusion intermédiaire : sur la première branche du moyen

28. Dès lors que, d’une part, la “critique générale” est entachée d’une erreur manifeste d’appréciation en ce qu’elle viserait les postes 206, 207 et 208 alors que le prix de ces postes a été justifié avec une marge de sécurité et que, d’autre part, ces trois postes n’ont pas fait l’objet d’une critique complémentaire individuelle (contrairement aux postes 216, 217, 239, 240 et 241), l’acte attaqué est entaché d’un vice de motivation en ce qu’il considère que les postes 206, 207, 208 sont anormaux.

Ce vice de motivation justifie l'annulation de l'acte attaqué.

Si les postes 206, 207 et 208 n'avaient pas été erronément considérés comme anormaux, on ne peut préjuger de la décision que la partie adverse aurait adoptée quant au caractère négligeable (ou non) du cumul d'anormalités.

A.1.b. Deuxième branche : les postes critiqués par l'acte attaqué étaient manifestement négligeables

[...]

i) Sur l'absence de motivation relative au caractère non négligeable des postes anormaux d'un point de vue qualitatif.

53. La formulation de l'argumentaire de la partie adverse se suffit à elle-même : la partie adverse plaide tout et son contraire.

Est particulièrement éloquente l'assertion du mémoire en réponse selon laquelle :

“ le pouvoir adjudicateur avait une connaissance précise des postes qualifiés d'anormaux et s'est bien évidemment appuyé sur la nature des travaux ou prestations visée dans ces postes pour évaluer le caractère non négligeable sur le plan qualitatif, et ce nonobstant une mention spécifique y relative en termes de motivation formelle”.

A suivre la partie adverse, ce seraient donc des motifs non écrits qui motiveraient l'acte attaqué quant au caractère non négligeable des anormalités d'un point de vue qualitatif (!).

La partie adverse tente bien d'ajouter des motifs à l'acte attaqué.

54. Pour surplus, en ce qui concerne la qualité des travaux le mémoire en réponse précise :

“ De même, concernant la pose des tuyaux, il s'agit de la pose de tuyaux en béton armé (contrairement à ce qu'affirme à tort la SPRL PIERRE FRERE ET FILS dans sa requête) à poser en milieu dense d'habitat avec la présence de nombreux impétrants. Ce contexte confirme qu'il ne s'agit pas d'un travail pouvant être qualifié de banal”.

A titre surabondant, on signalera que la SPRL PIERRE FRERE ET FILS dispose d'un agrément du SPF Economie P.M.E. Classes moyennes et Energie – DG Qualité et Sécurité, Division Qualité et innovation, comme entrepreneur en catégorie C “Entreprises générales de travaux routiers” et C1 “Travaux d'égouts courants” en classe 5, soit pour un montant de travaux hors TVA jusqu'à 1.810.000 EUR. (Pour rappel, le montant du marché concerné est de 1.143.481,07 EUR HTVA soit +/- 37 % plus bas). La qualité des travaux afférents aux postes n'était donc pas un motif d'exclusion du requérant.

ii) Sur l'absence de standard à l'aune duquel des postes anormaux deviendraient non négligeables.

55. La partie adverse réfute identifier un seuil au regard duquel les postes anormaux deviendraient non négligeables.

Pour la défense de l'acte attaqué, la partie adverse allègue d'une part que : “La fixation de pareil seuil théorique n'aurait d'ailleurs pas de sens, chaque marché étant différent et devant s'analyser de manière spécifique”.

D'autre part, elle fait valoir que le calcul du cumul des pourcentages que représentent les neuf postes au regard de l'estimation (6,75 %) et par rapport à l'offre du requérant (4,96 %) suffiraient à justifier l'acte attaqué.

Ces arguments doivent être écartés.

56. Premièrement, on remarque que l'affirmation selon laquelle "chaque marché est différent et devrait s'analyser de manière spécifique" ne résout rien; dans tous les cas, l'acte attaqué échoue à identifier un seuil pertinent pour le marché en cause, qui aurait été analysé "de manière spécifique".

57. Deuxièmement, le calcul des pourcentages que représentent les postes affectés par une "anormalités" par rapport à l'estimation ou à la valeur totale de l'offre ne permet pas au soumissionnaire de comprendre ni le raisonnement suivi par le pouvoir adjudicateur, ni sa méthode de mise en œuvre.

Or, la motivation d'une décision administrative doit être "adéquante" en ce qu'elle doit "permettre au destinataire d'un acte administratif de comprendre les raisons de fait et de droit qui ont conduit l'administration à adopter l'acte en question et, par voie de conséquence, lui permettre de mieux apprécier la légalité et la pertinence de cette décision" (CE, 26 juin 1996, n° 60.526; C.E. 29 juin 2001, n° 97.319; C.E., 24 février 2014 n° 226.529, C.E., 17 décembre 2014, n° 229.50; C.E., 28 janvier 2015, n° 230.002).

En l'espèce, la partie requérante ne comprend pas les critères retenus.

Pourquoi le cumul des "anormalités" a-t-il été comparé "par rapport à l'estimation" et/ou "par rapport au prix total de l'offre" ? Pourquoi les seuils visés (6,75% et 4,96%) sont-ils sanctionnés ? Au final, la partie requérante ne comprend pas le standard (le critère) appliqué dans l'acte attaqué pour écarter son offre.

L'acte attaqué est donc entaché d'un vice de motivation.

58. Troisièmement, on relève qu'en ce qui concerne la normalité du prix global, l'article 36, § 4 de l'Arrêté royal précité subordonne la mise à l'écart de l'offre au fait que le "montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent" de la "moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires".

Ceci amène deux critiques plus précises.

59. D'une part, l'acte attaqué n'explique pas pourquoi l'acte attaqué retient comme terme de la comparaison l'estimatif et le prix global de l'offre alors que la moyenne des prix des offres aurait été un meilleur terme de comparaison.

Dans la mesure où la moyenne des prix des offres révèle plus sûrement le prix réel de marché, le pouvoir adjudicateur a commis une violation du principe de bonne administration, de minutie et d'effectivité dans l'examen des offres en retenant un terme de comparaison moins précis et moins pertinent.

60. *In concreto*, cette attitude est d'autant plus critiquable que la moyenne des offres aurait été supérieure au prix de l'offre de la partie requérante et aurait significativement dilué le *pro rata* que représentent les 9 postes litigieux du requérant par rapport à la valeur réelle du marché.

Le chiffrage ci-dessous en fait la démonstration. La moyenne des montants visée à l'article 36 se calcule "lorsque le nombre d'offres est inférieur à sept, en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée".

La moyenne des offres ainsi calculée était alors de 1.606.137,69 €, selon le détail repris ci-dessous :

Soumissionnaire	Prix ¹⁴
Bodarwé	1559592,39
Nelles Frères (offre la plus haute)	1700848,94
Gehlen - Trageco	1651263,28
Pierre Frere et fils (offre la plus basse)	1382612,09
Lejeune et Fils	1607557,42
Total	4.818.413,09
Moyenne	1.606.137,69

La valeur totale des 9 postes prétendument anormaux est de 60.843,25 € dans l'offre de la partie requérante.

Lorsque comparé avec la moyenne des montants des offres, le cumul des anormalités équivaut alors à :

3,78 % (= 60.843,25 € / 1.606.137,69 €) de la valeur du marché.

Soit, un chiffre très inférieur aux chiffres visés par l'acte attaqué. (Soit, +25 % de différence par rapport à un comparatif réalisé avec le prix du requérant (4,96%) et près du double par rapport à un comparatif réalisé avec l'estimatif (6,75 %)).

Si le critère de la moyenne des offres soumises dans le cadre de ce marché avait été retenu comme terme de comparaison, une autre décision que l'acte attaqué aurait pu être adoptée.

61. Dans tous les cas, l'acte attaqué ne motive pas pourquoi ces deux comparatifs, moins précis et moins pertinents ont été retenus.

Or, il est de jurisprudence constante que lorsqu'un pouvoir d'appréciation est exercé, l'obligation de motivation s'en trouve accrue : plus le pouvoir d'appréciation est important, plus la motivation doit être soignée (C.E., 1^{er} mars 2013, n° 222.704).

En l'espèce, l'acte attaqué s'écarte de la logique retenue par l'article 36 de l'Arrêté royal; il adopte un critère de comparaison en apparence moins pertinent et ne motive en rien ses choix : une telle attitude constitue une violation du principe de bonne administration. Il met le destinataire de l'acte attaqué dans l'impossibilité de comprendre la légalité et la pertinence de la décision : l'acte attaqué est entaché d'un vice de motivation.

62. D'autre part, à supposer même qu'il faille retenir l'estimatif ou l'offre du requérant comme terme de la comparaison – *quod non* – l'acte attaqué n'explique pas pourquoi il sanctionne des anormalités qui dépassent des taux (6,75 % et 4,96 %) à ce point moins favorables que le seuil visé à l'article 36, § 4, lequel tolère des écarts de prix importants, pourvu qu'ils n'atteignent pas 15 % du standard de référence.

Au final, l'acte attaqué sanctionne un cumul d'anormalités d'un montant limité alors qu'un écart équivalent au triple de ce montant est habituellement toléré.

Aucune justification compréhensible n'est donnée par l'acte attaqué quant à cette sévérité. Cet écart par rapport à la réglementation constitue également une erreur manifeste d'appréciation.

iii) Sur le caractère négligeable des anormalités.

63. Les lignes qui suivent réfutent tour à tour les différentes allégations présentées par le mémoire en réponse quant au caractère prétendument infondé des calculs présentés par la partie requérante quant à l'ampleur des anormalités.

64. Premièrement, contrairement à ce qui est défendu par la partie adverse, le Conseil d'Etat n'a pas tranché la question du caractère non négligeable des anormalités au contentieux de l'annulation.

Le Conseil d'Etat se limite à répondre aux moyens qui lui sont présentés. Or, les estimations du pouvoir adjudicateur pour les 9 postes "anormaux" ont été communiquées au requérant pour la première fois dans la note d'observation déposée [en] extrême urgence. Il en résulte que la requête en suspension d'extrême urgence – antérieure à la note d'observation – ne pouvait pas faire valoir l'argument selon lequel la marge d'erreur entre le prix remis pour les neuf postes "anormaux", et l'estimation pour ces neuf postes, était négligeable (0,61 %).

Contrairement à ce qui est soutenu, l'argument n'a pas été tranché.

65. Deuxièmement, la partie adverse n'a pas eu raison de cumuler la valeur totale des postes "anormaux" par rapport à l'offre ou à l'estimation du marché.

On lit dans son mémoire en réponse :

“ Le pouvoir adjudicateur ne commet pas d'erreur manifeste d'appréciation quand il cumule la valeur totale des postes établis comme anormaux pour constater que la valeur totale de ceux-ci atteint 4,96 % de l'offre totale. L'objectif essentiel des termes 'non négligeables' de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 est d'éviter qu'un pouvoir adjudicateur tente d'écarter un soumissionnaire pour des motifs fallacieux en se fondant sur une anomalie touchant un poste négligeable, entendu comme insignifiant à l'aune du marché”.

Il est intéressant de constater que la justification du pouvoir adjudicateur, tout à la fois : (1°) relève de la pétition de principe et (2°) échoue à répondre à celle-ci.

66. A en croire la partie adverse, l'objectif de la règle prévue à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 serait donc d'éviter qu'un pouvoir adjudicateur écarte un soumissionnaire pour des "motifs fallacieux".

Cette affirmation n'éclaircit rien et relève de la pétition de principe : toutes les règles régissant l'attribution du marché sont destinées, de près ou de loin, à éviter l'arbitraire du pouvoir adjudicateur.

Contrairement à ce qui est soutenu, les règles relatives au contrôle des prix anormalement bas ont pour objectif de veiller à ce que le pouvoir adjudicateur ne prenne pas de risque en contractant avec un soumissionnaire qui ne pourrait pas assumer le marché parce que son prix serait trop bas.

67. Bien plus, dans la mesure où la règle est non définie – et qu'à en croire le pouvoir adjudicateur, aucun seuil ne devrait être défini – le pouvoir adjudicateur peut, au final, décider sans contrainte d'écarter un soumissionnaire pour des motifs fallacieux, en se fondant sur n'importe quelle anomalie touchant un ou plusieurs postes négligeables.

68. On rappellera de surcroît que le soumissionnaire est effectivement contractuellement engagé par son offre, en ce compris le détail des prix. Il en résulte, d'une part, que le pouvoir adjudicateur bénéficie du prix ainsi pratiqué. D'autre part, Il en résulte surtout que le soumissionnaire aura droit à sa rémunération : il ne sera pas payé zéro euro (0 €) au motif que son poste était "anormal". Le risque afférent au marché sera limité en conséquence.

Au regard de cette réalité, il est justifié de procéder au calcul du caractère négligeable des “anormalités” en ne prenant compte que de la seule “marge” qui caractérise l’anormalité. En ce qu’il ne prend pas cette réalité en compte, l’acte attaqué est entaché d’une erreur manifeste d’appréciation. Soit, rappelons-le, une erreur contraire à la raison (CE., 27 septembre 1988, n° 30.876), ou une “erreur inadmissible pour tout homme raisonnable”.

L’homme raisonnable fonde son jugement sur tous les aspects de la réalité, et n’en occulte pas une partie. Parce qu’il occulte, dans l’appréciation du caractère (non) négligeable de l’anormalité, le fait que le soumissionnaire serait payé à concurrence de son prix, l’acte attaqué est entaché d’une erreur manifeste d’appréciation.

69. Troisièmement, la partie adverse a tort de prétendre que les calculs de la partie requérante devraient être rejetés parce qu’ils ne prennent pas en compte le fait que les erreurs qui entachent les postes “anormaux” seraient parfois en sens contraires.

70. D’une part, ces “anormalités en sens contraires” se compensent [...], de telle manière que le risque de défaut du soumissionnaire dans l’exécution du marché en est d’autant réduit.

Dès lors, le risque lié à la portion “anormale” du prix représente 0,61% du prix de l’estimation du marché seulement – soit un montant ridiculement faible, en tous cas inférieur à la marge habituelle du secteur.

Aucun risque ne découlait de ces anormalités; dans ces circonstances, le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d’appréciation en écartant l’offre de la partie requérante.

71. D’autre part, les critiques du requérant contre l’acte attaqué restent intactes même s’il fallait prendre en compte le sens contraire des anormalités – *quod non*.

Le tableau ci-dessous le démontre :

Postes	A Prix PIERRE FRERE & FILS	B Prix estimation	C Différence A-B	D Différence A-B « en valeurs absolues » (= C) ¹⁶
206	6935,50	4950,00	1985,50	1985,50
207	9093,75	5937,50	3156,25	3156,25
208	3273,75	2250,00	1023,75	1023,75
216	6935,50	7700,00	-764,50	764,50
217	10306,25	10625,00	-318,75	318,75
218	3928,50	4950,00	-1021,50	1021,50
239	5820,00	14000,00	-8180,00	8180,00
240	7275,00	10000,00	-2725,00	2725,00
241	7275,00	9000,00	-1725,00	1725,00
Total	60843,25	69412,50	-8.569,25	20.900,25

Le montant des “anormalités en valeurs absolues” est alors de 20.900,25 €, par comparaison avec l’estimatif.

Soit, pour les 9 postes “anormaux”, une déviation de 30,11% en valeurs absolues par rapport au prix de l’estimatif pour ces postes (où 30,11% = 20.900,25 € / 69.412,5 €).

Dès lors, les erreurs soulignées par l’acte attaqué portent sur 1,49% de la valeur totale de l’offre de la partie requérante.

(Où 1,49 % = 30,11 % (soit, le montant “anormal en valeurs absolues” pour les 9 postes litigieux par comparaison avec le métré estimatif de la partie adverse) x

4,96 % (soit, le *pro rata* que représentent les 9 postes litigieux de la partie requérante par rapport au prix total de son offre).

L'anormalité "en valeurs absolues" qui affecte les postes litigieux représente donc 1,49% de la valeur totale de l'offre du soumissionnaire.

Soit un montant insignifiant, en tous cas bien en-deçà de la marge bénéficiaire habituelle du secteur (3,2 à 3,7 %).

L'argumentaire déployé dans le mémoire en réponse ne change donc rien : la mesure de "l'anormalité" qui affecte les postes litigieux est d'un montant bien inférieur à la marge du requérant. L'offre du requérant serait restée profitable. Aucun risque ne résultait de ces anormalités pour le pouvoir adjudicateur lors de l'exécution du marché. Partant, les postes litigieux devaient manifestement être tenus négligeables.

72. Quatrièmement, les calculs subsidiaires de la partie requérante, réalisés à partir de l'offre de la société Bodarwé sont pertinents.

La réponse donnée par la partie adverse est sans consistance. Selon celle-ci :

“ l'offre de Bodarwé ne présente pas d'anormalités, contrairement à l'offre de la requérante. [...] Il est donc malaisé dans son chef de tenter de comparer son offre, irrégulière pour les raisons susvisées, et l'offre régulière de Bodarwé”.

Si l'offre de Bodarwé ne présente pas d'anormalité, cela signifie précisément qu'elle constitue un critère pertinent de la valeur du marché.

Si le montant des anormalités porte, par comparaison avec l'offre régulière de Bodarwé, uniquement sur des montants dont le cumul constitue au plus 2,56 % de la valeur totale de l'offre de la partie requérante, ce montant est insignifiant. Il est en tous cas bien en-deçà de la marge bénéficiaire habituelle du secteur (3,2 à 3,7 %) ».

C. Dernier mémoire

Dans son dernier mémoire, la requérante expose les arguments suivants :

« i) Remarque préliminaire : de nouveaux éléments (et de nouveaux calculs) ont été mis à jour depuis la requête en suspension

(...)

14. A titre liminaire, il convient de rappeler deux choses :

- l'arrêt de suspension n'a pas autorisé sur le contentieux de l'annulation;
- le contentieux de l'annulation a donné à la partie requérante l'occasion de formuler de nouveaux arguments et de procéder à de nouveaux calculs par rapport à la procédure en suspension.

Premièrement, l'arrêt de suspension n'a pas autorisé sur le contentieux de l'annulation. Il s'agit d'un constat classique, énoncé par une jurisprudence bien établie : [...]

Dès lors, le seul constat que le Conseil d'Etat avait rejeté l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans son arrêt n° 243.658 sur la suspension, ne peut suffire à répondre au recours en annulation.

Deuxièmement, si la situation a changé entre le recours en suspension et le recours en annulation, ce n'est pas tant parce que l'anormalité de certains postes n'est plus contestée – la requête en suspension contestait déjà le caractère négligeable des

postes considérés même si tous les postes critiqués devaient être considérés comme anormaux; cela ne change pas – mais parce que de nouvelles informations ont été communiquées à la partie requérante après le dépôt de la requête en suspension.

Notamment, la Note d'Observation déposée par la partie adverse dans le cadre du contentieux de la suspension révélait des chiffres alors inconnus, et qui ne pouvaient pas être critiqués dans la requête en suspension (mais qui sont intégrés dans la requête en annulation).

Ainsi, la Note d'observation de la partie adverse révélait le prix exprimé par l'estimatif qui sert de base à la comparaison réalisée par l'acte attaqué. Or, cette information permet de faire de nouveaux calculs, et de faire le constat (inédit) que :

- L'écart entre le prix remis par la partie requérante pour ces 9 postes litigieux (60.843,25 €) et le prix de l'estimatif (69.421,50 €) n'était que de 8.578,25 € (Soit, une différence de 14,09 % par rapport à l'estimatif).

L'acte attaqué souligne que les 9 postes litigieux de la partie requérante représentent 4,96% du montant de son offre.

Dès lors, les erreurs soulignées par l'acte attaqué portent sur 0,7 % seulement du montant de son offre total – soit, un montant infinitésimal par rapport au total de l'offre du requérant, établi à 1.224.348,42 € HTVA.

- Le prix total de l'offre de la partie requérante était près de 10% plus cher que le prix total de l'estimatif (le surprix est de 9,94 %).

La procédure en annulation met donc à jour de nouveaux constats par rapport à la procédure en suspension, qu'il convient de considérer. Contrairement à ce qui est allégué par le Rapport de l'Auditorat, Votre Conseil ne peut pas simplement répéter la décision rendue en suspension.

ii) L'acte attaqué est entaché d'un vice de motivation

15. Le Rapport de l'Auditorat a raison de signaler que :

- “ Il n'existe pas dans la réglementation des marchés publics de règle qui définirait selon quel procédé doivent être appréciées les erreurs détectées, dans le souci de déterminer si elles sont, ou non, négligeables. Il n'existe pas davantage de définition d'un seuil au-delà duquel une erreur mérite d'être vue comme non négligeable. Il n'est par ailleurs pas requis que le pouvoir adjudicateur procède à une telle définition dans les documents du marché, préalablement à l'attribution de celui-ci. La partie adverse a opté pour une approche purement quantitative et mathématique, qu'elle a mise en œuvre sur la base des offres et des justifications qui lui sont parvenues”.

16. Toutefois, tout ceci laisse intact l'obligation de motivation qui incombait à la partie adverse lors de l'adoption de l'acte attaqué.

Si le pouvoir adjudicateur est libre de ne pas se lier dans les documents de marché quant au critère qu'il appliquera pour déterminer ce qui doit être considéré comme un poste non négligeable, il faut à tout le moins qu'il motive sa décision d'attribution pour que son destinataire comprenne le raisonnement retenu.

Ceci est confirmé par la jurisprudence de Votre juridiction :

- “ Si l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation quant au caractère négligeable ou non d'un poste, il n'en demeure pas moins que sa décision à cet égard doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles.” (C.E., n° 245.222 du 23 juillet 2019, p. 13).

17. Or, en l'espèce, l'acte attaqué est caractérisé par plusieurs vices de motivation :

- L'acte attaqué ne définit pas le critère (le seuil) à partir duquel les erreurs en cause devraient être considérées comme non négligeables.
- L'acte attaqué ne justifie pas pourquoi il retient comme terme de la comparaison l'estimatif et le prix global de l'offre alors que la moyenne des prix des offres aurait été un meilleur terme de comparaison et que celui-ci est retenu par l'article 36, §4 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017.
- A supposer même qu'il faille retenir l'estimatif ou l'offre du requérant comme terme de la comparaison – *quod non* – l'acte attaqué ne justifie pas pourquoi il sanctionne des anormalités qui dépassent des taux (6,75% et 4,96%) à ce point plus exigeants que le seuil visé à l'article 36, § 4, lequel tolère des écarts de prix importants, pourvu qu'ils n'atteignent pas 15% du standard de référence. (Soit, une exigence supérieure de près du triple).
- L'acte attaqué est contradictoire : il affirme que les prix anormaux de 9 postes qui résultent en une baisse de prix de 8.578,25 € par rapport à l'estimatif pour ces 9 postes devraient être tenus pour "non-négligeable" alors que cette différence était entièrement compensée (et diluée) par un prix total supérieur de près de 10 % à l'estimatif.

(Le total de l'offre était supérieur de 137.549,19 € à l'estimatif. (L'estimatif anticipait un total de 1.245.062,9 € TVAC, et l'offre totale de la partie requérante était de 1.382.612,09 € TVAC – soit une hausse de près de 10%, comme mentionné *supra*)).

L'acte attaqué ne justifie donc pas sa décision. Ces contradictions et déficits de motivation vicient la légalité de l'acte attaqué.

L'acte attaqué est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation

18. Le Rapport de l'Auditorat à tort de conclure que :

“ N'est pas davantage manifestement erroné de considérer qu'une erreur correspondant près de 5 % du montant d'une offre est non négligeable au sens de l'article 36, § 3, alinéa 1^{er}, 1^o, précité. En ce sens, ce pourcentage est largement supérieur à la marge nette des entreprises dans le secteur de la construction, citée par la requérante elle-même dans sa requête”.

19. En effet, l'erreur manifeste d'appréciation :

- “Interdit à l'autorité d'agir contrairement à toute raison” (C.E., 27 septembre 1988, n° 30.876).
- Est “l'erreur qui, dans les circonstances concrètes, est inadmissible pour tout homme raisonnable” (C.E., 20 avril 1994, n°46.917).

Une telle erreur manifeste a effectivement pris place.

20. Il est contraire à toute raison de tenir un prix anormal pour “non-négligeable” sans vérifier si l'anormalité aurait pour effet de rendre l'exécution de marché déficitaire pour le soumissionnaire.

21. Il est contraire à toute raison de comparer les postes de l'offre avec l'estimatif et – en cas d'anormalité – de computer la totalité du montant de ces postes par rapport au montant total de l'offre, au lieu d'appréhender le poids de l'anormalité elle-même par rapport au montant total de l'offre.

Comparer la totalité du montant des postes anormaux par rapport au prix total de l'offre revient à considérer que le soumissionnaire aurait remis un prix égal à zéro euro pour ces postes, ce qui est contraire à la vérité.

Quand un critère plus précis est disponible (i.e. : la différence entre le montant des postes anormaux avec le montant de l'estimatif pour ces mêmes postes) pour comparaison avec le prix total de la soumission, il est de bonne administration de s'y référer.

Inversement, il y a violation des principes de bonne administration et de minutie à ne pas s'y référer, et d'employer uniquement des critères grossiers, qui considèrent l'ensemble du poste comme anormal et qui ne saisissent que de manière très incertaine le poids de l'anormalité.

Dans ces circonstances, conclure que l'offre du soumissionnaire est entachée d'anormalités "non négligeables" équivalent à 4,96% de son offre est contraire à toute raison et constitue une erreur inadmissible pour toute personne raisonnable.

En l'espèce, la partie adverse devait nécessairement constater que le montant des anormalités était infime et équivalait à 0,7 % du prix total de l'offre – soit, un montant infinitésimal, qui ne peut être sanctionné. En tous cas, un montant clairement inférieur à la marge nette des entreprises dans le secteur de la construction (3,2 à 3,7 %).

Pour le dire en d'autres termes encore, la décision du pouvoir adjudicateur revient à sanctionner une anormalité de 8.578,25 €, par rapport à un prix total de 1.224.348,42 € HTVA.

Soit, un montant infinitésimal que toute personne raisonnable aurait nécessairement considéré comme négligeable.

22. Enfin, la jurisprudence n° 245.222 du 23 juillet 2019 du Conseil d'Etat arrête que la Circulaire n° 44-0-08-02 de la Région wallonne du 14 juillet 2008 constitue un bon indicateur du caractère négligeable des postes anormaux.

Or, selon cette Circulaire "il est acceptable de ne pas examiner l'anormalité éventuelle du prix de postes dont le montant représente, individuellement, moins de 1% du montant total de l'offre, sauf sérieuse présomption de prix spéculatifs".

En l'espèce, l'acte attaqué identifie comme suit le poids des postes anormaux dans le prix total de l'offre :

Pays de libertes		Prix unitaire soumission	Prix unitaire justifié	Écart entre les deux PU	Pourcentage poste / offre	Pourcentage poste estimé / estimation
Poste	Intitulé					
206	Terrassement 2-3m DN400	63,05 €	46,56 €	26,15%	0,57%	0,48%
207	Terrassement 2-3m DN500	72,75 €	55,87 €	23,20%	0,74%	0,58%
208	Terrassement 2-3m DN600	72,75 €	55,87 €	23,20%	0,27%	0,22%
216	DN 400 béton armé	63,05 €	69,23 €	-9,80%	0,57%	0,75%
217	DN 500 béton armé	82,45 €	91,43 €	-10,89%	0,84%	1,03%
218	DN 600 béton armé	87,30 €	109,75 €	-25,71%	0,32%	0,48%
239	Supplément pour traitement (physico)	14,55 €	14,77 €	-1,51%	0,47%	1,36%
240	Supplément pour traitement (Bouwstoff)	14,55 €	9,52 €	34,57%	0,59%	0,97%
241	Supplément pour traitement (Décontaminé)	14,55 €	8,22 €	43,51%	0,59%	0,87%

Aucun de ces postes ne dépasse donc individuellement le pourcent évoqué dans la Circulaire n° 44-0-08-02 de la Région wallonne du 14 juillet 2008.

Certes, cette circulaire établit une norme purement indicative. Toutefois, son énoncé général indique bien que pour tout homme raisonnable, les 9 postes en cause devaient être considérés comme des postes négligeables.

En cela, la formulation de la Circulaire sur laquelle s'appuie la jurisprudence C.E. n° 245.222 est particulièrement pertinente : même si plusieurs postes étaient (cumulativement) considérés comme présentant des prix anormaux, le fait qu'ils

représentent chacun “individuellement” moins de 1 % du prix total de l’offre aurait dû amener tout homme raisonnable à considérer ces postes comme négligeables.

Ceci confirme que l’acte attaqué est entaché d’une erreur manifeste d’appréciation et doit être annulé.

23. Alternativement, cette situation peut également être considérée sous l’angle du vice de motivation : à tout le moins, la partie adverse aurait dû motiver l’acte attaqué de manière à justifier le caractère non négligeable des postes critiqués, lorsqu’ils représentent chacun individuellement moins de 1% de l’offre.

Comme rappelé *supra*, l’acte attaqué se garde bien d’expliquer le seuil retenu pour sanctionner l’offre de la partie requérante, pourtant la moins-disante. Partant, l’acte attaqué doit être annulé pour vice de motivation ».

IV. 2. Appréciation du Conseil d’État

A. Principes applicables

L’objectif de la réglementation sur le contrôle des prix est double : d’une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s’assurer que les prix proposés garantissent une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires et exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics; d’autre part, protéger les exigences d’une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements qui y sont contraires et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence.

Dans cette matière, 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 d’arbitrer les conceptions différentes que les parties peuvent se faire des modes de vérification des prix. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l’exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l’autorité, et de censurer dans le chef de cette dernière une appréciation manifestement erronée.

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.

Il résulte également de l'article 36 de l'arrêté royal précité que, pour les postes non négligeables, le pouvoir adjudicateur est tenu de demander les justifications des prix qui lui paraissent anormaux et, s'il n'accepte pas les justifications reçues, d'écarter l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée. Le pouvoir adjudicateur ne dispose alors d'aucun pouvoir d'appréciation. En revanche, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables, mais peut toutefois y procéder. Un tel choix relève de son pouvoir d'appréciation. De plus, en énonçant que lorsque le pouvoir adjudicateur procède « malgré tout » à un examen des prix des postes négligeables, l'offre « pourrait toujours être considérée comme régulière » s'il apparaît que « les prix constatés sont anormaux pour un nombre de postes négligeables très limité », le rapport au Roi laisse entendre qu'il s'agit d'une faculté et que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de considérer comme régulière une offre qui contient des postes négligeables présentant des prix anormaux. Dans une telle hypothèse, il incombe au pouvoir adjudicateur de déterminer, en exerçant un pouvoir d'appréciation, si cette offre doit, pour ce motif, être déclarée nulle en application de l'article 76, § 3, de l'arrêté royal précité.

Dès lors que les modalités d'organisation du contrôle des prix diffèrent selon que les postes concernés sont négligeables ou ne le sont pas, le pouvoir adjudicateur doit vérifier s'ils présentent ce caractère. L'arrêté royal précité n'impose toutefois aucun ordre à respecter dans les opérations à effectuer. Une demande de justification à propos de prix qui apparaissent anormaux aux yeux du pouvoir adjudicateur ne signifie pas nécessairement que le poste concerné est considéré comme non négligeable. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut décider d'interroger un soumissionnaire sur tous postes des prix qui lui paraissent anormaux et ensuite vérifier si ces postes sont négligeables ou ne le sont pas.

Le pouvoir adjudicateur n'est, par ailleurs, pas tenu au respect de critères déterminés lorsqu'il s'agit de juger du caractère négligeable ou non des postes de l'offre. À cet égard, le rapport au Roi précédant l'arrêté royal précité précise qu'il n'a pas été donné suite à une observation de la section de législation du Conseil d'État, qui proposait d'illustrer la notion de « postes négligeables » par des exemples, car « le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le

cadre du marché public concerné ». Le pouvoir adjudicateur dispose donc d'un pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur quant à ce, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur.

B. Application au cas d'espèce

B.1. Concernant la première branche

S'agissant de déclarer l'offre de la requérante irrégulière, en raison de l'anormalité de ses prix, le rapport d'examen des offres comprend les motifs formels suivants :

« Analyse des prix unitaires

L'examen détaillé des prix unitaires de l'offre de la sprl Pierre Frère et fils suscite des remarques particulières.

Les prix unitaires des postes n^{os} 206, 207, 208, 216, 217, 218, 235, 240 et 241 présentent des prix *a priori* anormalement bas comparativement aux prix moyens déposés par les autres soumissionnaires.

La sprl Pierre Frère et fils a été interrogée par courrier recommandé le 20 novembre 2018.

Par son courrier recommandé du 30 novembre 2018, la sprl Pierre Frère et fils a transmis ses éléments de réponse.

L'entreprise ayant répondu dans les temps, son justificatif est recevable.

L'examen des justificatifs demandés n'a pas permis de lever le caractère apparemment anormal de l'ensemble des prix unitaires au sujet desquels la sprl Pierre Frère et fils a été interrogée.

Il a été constaté que pour tous les postes sur lesquels l'entrepreneur est interrogé, les justificatifs de prix remis ne permettent pas de retrouver les prix de soumission. Les écarts repris dans le tableau ci-après, varient de 1,51% jusque 43,51% ce qui est très important.

Poste	Intitulé	Prix unitaire soumission	Prix unitaire justifié	Écart entre les deux PU	Pourcentage poste / offre	Pourcentage poste estimé / estimation
206	Terrassement 2-3m DN400	63,05 €	46,56 €	26,15%	0,57%	0,48%
207	Terrassement 2-3m DN500	72,75 €	55,87 €	23,20%	0,74%	0,58%
208	Terrassement 2-3m DN600	72,75 €	55,87 €	23,20%	0,27%	0,22%
216	DN 400 béton armé	63,05 €	69,23 €	-9,80%	0,57%	0,75%
217	DN 500 béton armé	82,45 €	91,43 €	-10,89%	0,84%	1,03%
218	DN 600 béton armé	87,30 €	109,75 €	-25,71%	0,32%	0,48%
239	Supplément pour traitement (physico)	14,55 €	14,77 €	-1,51%	0,47%	1,36%
240	Supplément pour traitement (Bouwstoff)	14,55 €	9,52 €	34,57%	0,59%	0,97%
241	Supplément pour traitement (Décontaminé)	14,55 €	8,22 €	43,51%	0,59%	0,87%

En outre, pour les postes 216 à 218, l'entrepreneur a oublié dans son justificatif, de tenir compte de l'enrobage latéral et initial de la canalisation en empierrement 0/32. Or pour ces postes, l'entrepreneur justifie déjà un prix supérieur au prix de soumission.

Pour les justificatifs des postes 239 à 241, l'entrepreneur ne mentionne à aucun moment les prescriptions de l'article additionnel II qui prévoient entre autre la gestion complète des terres polluées ainsi que les frais de stockage temporaire.

Dès lors :

*Attendu qu'après analyse globale tenant compte de la recommandée du 30 novembre 2018, l'anormalité apparente a pu être formellement démontrée, tenant compte du tableau d'analyse des prix unitaires; que les justifications de ces 9 prix unitaires ne peuvent qu'être considérées comme inacceptables.

* Attendu que le pourcentage cumulé des montants des neuf postes de l'offre reconnus anormaux atteint 6,75 % selon l'estimation, et que la valeur cumulée des erreurs démontrées y relatives atteint 4,96 % du montant de leur offre.

* Attendu que les valeurs relatives de ces postes et du montant des erreurs sont à considérer comme non négligeables.

* Attendu que, ce faisant, non seulement le soumissionnaire ne répond pas aux conditions du marché, mais empêche toute comparaison avec les offres déposées par les autres soumissionnaires.

Conformément à l'article 36 § 3 1° de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, l'offre de la sprl Pierre Frère et fils est entachée d'irrégularité substantielle et à considérer comme irrégulière et doit dès lors être écartée ».

L'article 4 de l'acte attaqué approuve ce rapport, et l'article 5 précise qu'il fait « partie intégrante » de la délibération du Collège communal de la partie adverse.

Comme l'admet la requérante, le motif selon lequel « il a été constaté que pour tous les postes sur lesquels l'entrepreneur est interrogé, les justificatifs de prix remis ne permettent pas de retrouver les prix de soumission », est applicable à l'ensemble des prix pour lesquels une justification de prix a été apportée, notamment les postes 206 à 208.

Contrairement à ce qu'affirme la partie requérante, ce motif, qui doit être relié au constat que les justifications qu'elle a offertes « ne peuvent qu'être considérées comme inacceptables », est à la fois exact, pertinent et pleinement conforme aux dispositions visées au moyen.

Le soumissionnaire, lorsqu'il est amené à justifier certains de ses prix unitaires sur le fondement de l'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, doit expliquer concrètement et précisément la manière dont les prix concernés ont été calculés, dans le respect des articles 25 à 32 du même arrêté.

Les justifications apportées par le soumissionnaire doivent ainsi permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier notamment que, conformément à l'article 28 de

l'arrêté royal précité, « les prix unitaires et les prix globaux de chacun des postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire sont établis en respectant la valeur relative de ces postes par rapport au montant total de l'offre » et que « tous les frais généraux et financiers, ainsi que le bénéfice, sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci ». Elles doivent aussi permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier que sont inclus dans les prix unitaires et globaux du marché « toutes les impositions auxquelles est assujéti le marché » (article 29 de l'arrêté royal du 18 avril 2017) ainsi que « tous les frais, mesures et charges quelconques inhérents à l'exécution du marché » (article 32 de l'arrêté royal du 18 avril 2017).

Les éléments apportés par le soumissionnaire ne peuvent, en conséquence, aboutir à justifier des prix supérieurs ou inférieurs à ceux énoncés dans son offre. S'il apporte des justifications qui ne sont pas relatives aux prix unitaires mentionnés dans l'offre déposée, le soumissionnaire rend en réalité plus difficile la vérification, elle aussi concrète, que doit opérer le pouvoir adjudicateur de la normalité des prix.

La requérante ne conteste pas le constat de l'acte attaqué selon lequel « pour tous les postes sur lesquels l'entrepreneur est interrogé, les justificatifs de prix remis ne permettent pas de retrouver les prix de soumission » et « les écarts (...) varient de 1,51% jusque 43,51% ». Elle admet donc avoir offert des justifications en s'abstrayant des prix énoncés dans son offre.

Dès lors, en décidant que les justifications avancées par la partie requérante étaient « inacceptables », et en considérant que les prix unitaires annoncés étaient anormaux, la partie adverse n'a pas méconnu les dispositions et principes visés au moyen.

La première branche du moyen unique, qui ne concerne que l'appréciation émise au sujet de la normalité des prix des postes n° 206 à 208, est non fondée. Il convient de relever que la requête en annulation, au contraire de la demande de suspension, ne conteste plus l'anormalité constatée par l'acte attaqué des prix de six autres postes ayant fait l'objet d'une vérification.

B.2. Concernant la deuxième branche

En sa deuxième branche, le moyen met en cause l'appréciation de la partie adverse au sujet du caractère négligeable ou non des postes jugés anormaux.

Pour justifier l'appréciation que « les valeurs relatives de ces postes et du

montant des erreurs sont à considérer comme non négligeables », l'acte attaqué se fonde sur le constat que « le pourcentage cumulé des montants des neuf postes de l'offre reconnus anormaux atteint 6,75 % selon l'estimation, et que la valeur cumulée des erreurs démontrées y relatives atteint 4,96 % du montant de leur offre ».

La requérante ne conteste pas l'exactitude des pourcentages en question. Elle reproche toutefois à l'acte attaqué d'échouer « à déterminer en quoi ou pourquoi l'accumulation des postes en question – équivalent à 4,96% du montant de l'offre dans l'appréciation de l'acte attaqué – devrait être considérée comme constituant un montant “non négligeable” » et de s'abstenir « de définir le seuil d'erreur au regard duquel les erreurs en cause peuvent être considérées comme non négligeables ».

Aucune des dispositions visées au moyen n'oblige le pouvoir adjudicateur à définir, dans les documents du marché ou lors de l'examen des offres, un seuil à partir duquel les prix anormaux des différents postes devraient être considérés comme non-négligeables. En ce qu'il affirme le contraire, le moyen manque en droit.

La requérante affirme que l'acte attaqué reposerait sur une erreur manifeste d'appréciation car il conviendrait, selon elle, pour déterminer le caractère négligeable ou non des postes comportant des prix anormaux, de s'en tenir à l'importance du montant total des anormalités de prix constatées, en comparaison avec des prix normaux. Ce montant total devrait ensuite être confronté à la marge bénéficiaire sur laquelle les entreprises du secteur de la construction peuvent habituellement compter (entre 3,2 et 3,7 % selon la requérante). Si le premier est inférieur à la seconde, à l'estime de la requérante, l'entrepreneur ne risque pas la faillite. L'objectif du contrôle des prix, qui serait aux yeux de la requérante d'éviter que l'entrepreneur n'encoure des risques de faillite lorsqu'il remet des prix trop bas, serait ainsi parfaitement respecté, de sorte que le montant des prix anormaux devrait être considéré comme négligeable.

Ce raisonnement ne peut être suivi.

L'affirmation de la requérante selon laquelle la procédure de contrôle des prix anormaux est uniquement destinée à s'assurer que l'exécution du marché ne placera pas le soumissionnaire concerné en situation de faillite durant l'exécution du chantier est inexacte. Comme rappelé précédemment au titre des principes applicables, ce contrôle est destiné à prévenir les spéculations au détriment des intérêts du pouvoir adjudicateur, et une exécution au rabais par un entrepreneur qui chercherait, par ce biais, à compenser les prix trop bas de son offre. Il est en outre destiné à éviter que les marchés soient attribués à des soumissionnaires dont les prix faussent la concurrence.

L'affirmation subséquente de la requérante selon laquelle le caractère non-négligeable des prix anormaux ne pourrait se constater que lorsque les anormalités de prix absorbent la totalité de la marge bénéficiaire du soumissionnaire pour le marché concerné, ne correspond dès lors pas à la *ratio legis* du contrôle des prix.

Cette affirmation est par ailleurs contredite par les dispositions visées au moyen. D'une part, en vertu de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, une offre peut être écartée parce que certains des prix unitaires qu'elle contient sont considérés comme anormalement élevés, alors même que de tels prix influencent favorablement la marge bénéficiaire du soumissionnaire. D'autre part, le texte de l'article 36, § 3, 1°, de l'arrêté royal invite clairement le pouvoir adjudicateur à constater si les postes contenant un prix anormal sont ou non négligeables, et non à se prononcer sur le caractère négligeable du montant total des anormalités constatées.

En se fondant, pour juger que les neuf postes contenant des prix anormaux n'étaient pas négligeables, sur le pourcentage, au regard de l'estimation et de l'offre de la requérante, que représentent les montants cumulés des neuf postes considérés comme anormaux, la partie adverse n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation, qui s'entend de l'erreur qu'aucune autre autorité administrative normalement prudente et diligente n'aurait commise dans les mêmes circonstances.

Le Conseil d'État ne pourrait, sans violer le principe général de la séparation des pouvoirs, juger que les divers critères alternatifs proposés par la requérante pour déterminer le caractère négligeable ou non des postes concernés sont préférables à ceux choisis par la partie adverse. Il ne pourrait pas non plus, comme le suggère également la partie requérante, substituer à l'appréciation concrète de la partie adverse le critère retenu par une simple circulaire administrative de la Région wallonne.

La motivation formelle de l'acte attaqué expose par ailleurs clairement le raisonnement quantitatif qui a fondé l'appréciation du pouvoir adjudicateur quant au caractère non-négligeable des postes pour lesquels des prix anormaux ont été constatés. La partie adverse a indiqué le pourcentage (au regard de l'estimation) du montant cumulé des postes qui ont été jugés anormaux, le pourcentage (au regard de l'offre de la requérante) de la valeur cumulée « des erreurs démontrées » et a exposé son appréciation que les « valeurs relatives de ces postes et du montant des erreurs sont à considérer comme non négligeables ».

Cette motivation formelle a permis à la requérante de comprendre le

raisonnement de la partie adverse quant au caractère non-négligeable des postes unitaires pour lesquels des prix anormaux ont été constatés. La partie adverse n'avait pas, pour le surplus, l'obligation d'exposer les motifs de ses motifs, comme le suggère l'argumentation de la partie requérante.

En ce qu'il invoque une inadéquation de la motivation formelle de l'acte attaqué, la branche du moyen est également non fondée.

La deuxième branche du moyen unique est donc non fondée.

V. Indemnité de procédure et autre dépens

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

Le rejet du recours justifie par ailleurs que les autres dépens soient laissés à la requérante.

VI. Confidentialité

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse sollicite la confidentialité du volet II du dossier administratif comprenant « les offres et renseignements complémentaires fournis tant par la SRL Pierre et Fils que par la SA Bodarwé ».

Cette demande n'est pas contestée par la partie requérante.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État, cette demande de maintien de la confidentialité est devenue sans objet.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}

La requête est rejetée.

Article 2

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de

200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 19 janvier 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État composée de :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Xavier Close,
Nathalie Roba,

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

La Greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky