

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

n° 258.616 du 26 janvier 2024

A. 240.802/VI-22.712

En cause : **la société anonyme TRADECO BELGIUM**,
ayant élu domicile chez
M^e Olivier ESCHWEILER, avocat,
rue de Méry 42
4130 Esneux,

contre :

la Communauté française,
représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e Marie BOURGYS, avocat,
chemin de la Maison du Roi 34C
1380 Lasne.

Parties requérantes en intervention :

1. **la société anonyme BEMAT**
2. **la société anonyme LES ENTREPRISES GILLES MOURY**,
ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} Aurélien VANDEBURIE et Lofti BOUHIAOUI, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 décembre 2023, la SA Tradeco Belgium demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise le 8 décembre 2023, notifiée par mail et recommandé du 13 décembre 2023, relative à l'attribution du marché de travaux relatif à la construction d'une école fondamentale et abords à Jemeppe-Sur-Sambre rue François Hittelet 89 à 5190 Jemeppe-Sur-Sambre, en ce qu'elle décide :

- d'exclure l'offre déposée par la SA TRADECO BELGIUM pour cause d'irrégularité substantielle ;
- DÉCIDE :

- o sur base de l'examen des motifs d'exclusion et de la sélection qualitative des soumissionnaires, de l'examen de la régularité des offres et de la comparaison de celles-ci, et sur l'analyse du bureau d'études techniques A & J Escarmelle et Bsolutions, d'attribuer le marché public au groupement d'opérateur économique SA Bemat & SA Les entreprises Gilles Moury conformément à l'offre déposée par cette société ;
- o de se réserver la possibilité de lever les options en cours d'exécution ;
- o d'attribuer le marché hors montant des contrats d'entretien liés à la partie levage ».

Par une requête introduite le 23 janvier 2024, la même requérante demande l'annulation de la décision précitée.

II. Procédure

Par une ordonnance du 28 décembre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 janvier 2024.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

Par une requête introduite le 17 janvier 2024, la SA Bemat et la SA Les Entreprises Gilles Moury demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

M. David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Gaël Tilman, *loco* M^e Olivier Eschweiler, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Marie Bourgys, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Lofti Bouhyaoui, avocat, comparaissant pour les parties requérantes en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits

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

« 2. Le 9 mai 2023, la partie adverse publie un avis de marché au Bulletin des Adjudications ayant pour objet un marché public de travaux relatif à la construction d'un bâtiment pour école fondamentale de 450 élèves en rez et rez+1 (partie), en toitures plates, pour une surface brute globale de 4.832 m², aménagement des abords, cours, préaux, emplacements de stationnement, dépose-minute y compris PMR et adaptation de l'emplacement pour les cars scolaires (pièce 1.a). Les travaux à réaliser sont localisés à l'Athénée Royale de Jemeppe-sur-Sambre, rue François Hittélet, 89, à 5190 Jemeppe-sur-Sambre.

Le 12 mai 2023, un avis est également publié au Journal officiel de l'Union européenne (pièce 1.b).

Ces avis de marché ont fait l'objet de deux rectificatifs :

- un premier avis rectificatif publié le 5 juin 2023 au Bulletin des Adjudications (pièce 1.c) et le 9 juin 2023 au Journal officiel de l'Union européenne (pièce 1.d) ;
- un second avis rectificatif publié le 9 juin 2023 au Bulletin des Adjudications (pièce 1.e) et le 14 juin 2023 au Journal officiel de l'Union européenne (pièce 1.f).

3. Le marché est régi par le cahier spécial des charges 23/08734-21/PO et est passé par procédure ouverte sur la base du seul critère du prix (pièce 2.a à 2.n).

4. Le 19 juin 2023, huit offres sont reçues par la partie adverse, comme en atteste le procès-verbal d'ouverture des offres (pièce 3). Parmi ces offres (pièces 4.a à 4.h confidentielles) figurent notamment celle de la requérante ainsi que celle de la société simple composée de la S.A. BEMAT et de la S.A. Les entreprises Gilles Moury (adjudicataire du marché).

À l'ouverture des offres, les offres sont classées de la manière suivante :

N°	NOM	SIÈGE SOCIAL	MONTANT TOTAL HTVA	MONTANT TOTAL TVAC (6%)
1	S.A. THOMAS ET PIRON BATIMENT	Rue Fort d'Andoy n° 5 B-5100 Wierde	10.175.430,26 EUR	10.785.956,08 EUR
2	S.A. TRADECO BELGIUM	Drève Gustave Fache n°5 – 7700 Mouscron	10.739.517,31 EUR	11.383.888,35 EUR
3	Société simple S.A. LIXON S.A. ENTREPRISE KOECKELBERG	S.A. LIXON : Quai de la Darse n°14 – 6030 Charleroi S.A. ENTREPRISE KOECKELBERG : Rue Noël Sart-Cilpart n°44 – 6060 Gilly	11.015.339,35 EUR	11.676.259,11 EUR
4	Société simple S.A. BEMAT S.A. Les entreprises Gilles Moury	S.A. BEMAT : Rue du Rond-Point n°243 – 6060 Gilly S.A. Les entreprises Gilles Moury : Rue des Anglais n°6A – 4430 Ans	11.095.053,84 EUR	11.760.757,07 EUR
5	S.A. ETABLISSEMENT JEAN WUST	Rue Grondal n° 14 à 4890 Thimister-Clermont	11.685.509,94 EUR	12.386.640,54 EUR
6	S.A. DUCHENE	Route de Strée n° 44 à 4577 Strée	11.983.703,63 EUR	12.702.725,86 EUR

7	S.A. FRANKI	Chemin des Moissons n° 10 – 4400 Flemalle	12.839.234, 53 EUR	13.609.588,60 EUR
8	Société simple S.A. Entreprises Réunies R. DE COCK S.A. WYCOR	S.A. Entreprises Réunies R. DE COCK : Rue Bernipré n°30 – 6041 Gosselies S.A. WYCOR : Biezeweg n°6 – BE-9230 Wetteren	12.917.186,97 EUR	13.692.218,19 EUR

5. Dans le cadre de l'analyse approfondie des offres, il s'est avéré que la société THOMAS et PIRON BATIMENT avait omis de joindre une annexe au PGSS, alors que le cahier spécial des charges indiquait clairement que la remise des annexes jointes au PGSS constituait une exigence substantielle.

Dans le cadre de cette analyse, la partie adverse a également, notamment, procédé à la vérification des prix conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Cette vérification s'est opérée sur les montants globaux ainsi que sur les métrés individuellement et poste par poste. Conformément à l'article 36, § 2, alinéa 5, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, la partie adverse s'est également concentrée sur la vérification des prix des postes non négligeables et a relevé des prix supposés anormaux conformément à l'article 36, § 4, dudit arrêté royal dans l'ensemble des offres.

Par un courrier recommandé et un courriel du 17 juillet 2023, la partie adverse a, par conséquent, interrogé les soumissionnaires concernés sur la composition de leurs prix (pièces 5.a à 5.f). Tous les soumissionnaires concernés, en ce compris la requérante, ont répondu dans le délai prescrit à la demande d'explication, à l'exception de la société FRANKI qui n'a pas donné suite à la demande de la partie adverse (pièces 6.a à 6.d confidentielles). La S.A. Entreprises Réunies R. De Cock – S.A. Wycor s'est toutefois limitée à confirmer ses prix unitaires (pièce 7)

Concernant le poste 71.11.1.a à propos duquel elle a été notamment interrogée, la requérante répond ce qu'il suit par un courrier du 17 août 2023 :

		PARTIE ELECTRICITE				
		Installation MT/HT – Production - Raccordement au réseau MT/HT				
71.11.1.a		- Raccordement MT - < 1.000 Kva	PC	1	29.880,00 €	29.880,00 €
		Suivant offre du sous-traitant				
		<p>Nous vous informons qu'il s'agit d'une erreur purement matérielle et manifeste due à une faute d'encodage. Le prix unitaire réel de ce poste est de 880 € ; Il s'agit d'une erreur dite "de plume". Suivant l'article 34 de l'AR du 18/04/2017 et l'article 42 de l'AR du 18/06/2017, le pouvoir adjudicateur peut rectifier ce type d'erreur en recherchant l'intention réelle du soumissionnaire et en comparant ce poste entre les différents soumissionnaires ainsi qu'au prix courant de ce type de poste surtout qu'il s'agit ici de la prise de contact et de la coordination des travaux de raccordement et en aucun cas du raccordement à proprement parlé. Dans le présent cas, la différence de prix entre 29.880 € et 880 € est telle que la réalité de cette erreur matérielle ne prête pas à discussion.</p>				

Elle donne ensuite le détail du prix unitaire de 880,00 euros.

6. L'analyse approfondie complète des offres ainsi que des réponses apportées par les soumissionnaires à la suite de la demande de justification de prix a été opérée dans un tableau Excel comparatif (pièce 10 confidentielle) et consignée dans un document intitulé "Dossier administratif", signé le 14 novembre 2023 (pièce 11 confidentielle).

Le rapport d'analyse des offres, signé également le 14 novembre 2023, a été établi sur la base de ce document (pièce 12). Ce rapport propose :

~ de déclarer l'offre de la société THOMAS et PIRON nulle pour cause d'irrégularité substantielle, en raison de l'absence de remise d'une annexe du

PGSS alors que le cahier spécial des charges précisait que la remise des annexes jointes au PGSS constituait une exigence substantielle ;

~ d'écarter l'offre de la requérante ainsi que celles des sociétés S.A. LIXON – S.A. ENTREPRISE KOECKELBERG, S.A. DUCHENE, S.A. FRANKI et S.A. Entreprises réunies R. DE COCK – S.A. WYCOR pour cause d'irrégularité substantielle, en raison du fait que les justifications de prix ne pouvaient être admises ou n'avaient pas été fournies ;

~ d'attribuer le marché au seul soumissionnaire ayant remis une offre régulière, à savoir la société simple S.A. BEMAT – S.A. Les entreprises Gilles Moury.

Plus particulièrement concernant l'offre de la requérante, le rapport d'analyse des offres propose de l'écarter pour cause d'irrégularité substantielle pour les motifs suivants :

1. S.A. TRADECO BELGIUM

Le soumissionnaire a transmis les justifications de l'ensemble des postes soumis à vérification. Toutefois, l'entreprise a modifié le prix d'un poste dans le cadre de la vérification de prix en expliquant avoir commis une erreur matérielle. Cette modification n'a pas été acceptée par le pouvoir adjudicateur qui ne retrouve aucun lien entre le montant initial et le montant que la société rectifie. Le montant du poste concerné présente par conséquent un caractère anormal. Le pouvoir adjudicateur doit écarter l'offre de la société en raison de l'irrégularité substantielle de son offre conformément à l'article 36, §3, 1° de l'ARP.

7. Le 8 décembre 2023, la partie adverse décide, sur la base du rapport d'analyse des offres "faisant partie intégrante de la présente décision motivée d'attribution" (pièce 12) :

~ d'écarter l'offre de la société THOMAS et PIRON, de la requérante, des sociétés S.A. LIXON – S.A. ENTREPRISE KOECKELBERG, de la S.A. DUCHENE, de la S.A. FRANKI et de la S.A. Entreprises réunies R. DE COCK – S.A. WYCOR pour cause d'irrégularité substantielle ;

~ d'attribuer le marché au groupement formé par la S.A. BEMAT et la S.A. Les Entreprises Gilles Moury pour un montant total de 11.028.000,15 euros HTVA et de 11.689.680,16 euros TVAC (6 %).

Il s'agit de l'acte attaqué ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 17 janvier 2024, la SA Bemat et la SA Les Entreprises Gilles Moury demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaires du marché litigieux, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Moyen unique – Seconde branche

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, pris « de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment en ses articles 4, 83 et 84 ; l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en ses articles 34, 35 et 36 ; 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, notamment en ses articles 4, 5, 8 ; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3 ; des principes généraux du droit et notamment du principe de transparence et du principe d'égalité de traitement ; du devoir de minutie ; pris de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Ce moyen est articulé en deux branches. Au titre de la première branche, et selon l'intitulé que la requérante donne à celle-ci, il critique le caractère inadéquat de la motivation du refus de la justification du prix unitaire offert pour le poste 71.11.a. En sa seconde branche, le moyen reproche à la partie adverse d'avoir, à tort, considéré le poste 71.11.1.a comme non négligeable ; la requérante dénonce, à cet égard, une erreur manifeste d'appréciation ainsi qu'un manquement de la partie adverse à ses obligations de motivation formelle.

Les développements relatifs à la seconde branche du moyen se lisent comme suit :

« 18. En termes de motivation, la partie adverse dans le rapport d'évaluation des offres indique :

Conformément à l'article 36, §2, alinéa 5 de l'ARP, le pouvoir adjudicateur s'est également concentré sur la vérification des prix des postes non négligeables. Il a relevé, pour chacune des offres, des postes pour lesquels des écarts sont supposés anormaux par rapport à la moyenne légale (calculée pour chacun des postes conformément à l'article 36, §4 de l'ARP).

Ces postes ont fait l'objet d'une interrogation conformément à l'article 36, §2 de l'ARP, lequel permet au pouvoir adjudicateur d'inviter le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai minimum de 12 jours.

C'est dans ce cadre que le pouvoir adjudicateur a cru bon d'interroger la SA TRADECO BELGIUM sur toute une série de poste en ce compris le poste 71.11.a qui est décrit comme suit dans les documents du marché :

71.1 PRODUCTION

71.11 RACCORDEMENT AU RÉSEAU MT/HT

Ce poste porte sur la prise de contact, la coordination des travaux de raccordement.
Les frais de raccordement en eux même sont pris en charge directement par le MO.

71.11.1 Raccordement MT

- < 1.000 kVA voir détail ci-dessus.

Il s'agit en l'espèce d'un simple poste de coordination qui n'appelle aucune réalisation technique dans le chef de l'adjudicataire, mais de simples prestations administratives de prise de contact avec ORES (le gestionnaire de réseau de distribution).

L'on peut sans faire preuve d'une grande audace considérer que ce poste est un poste tout à fait accessoire qui ne se situe aucunement sur un chemin critique pour la réalisation du marché.

Le poste 71.11.1.a pouvait donc être qualifié de négligeable au sens de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et ne nécessitait donc aucunement l'écartement de l'offre de la SA TRADECO BELGIUM.

19. En effet, l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 dispose :

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

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

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

Les justifications concernent notamment :

- 1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services ;
- 2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services ;
- 3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ;
- 4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

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

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

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

[...]”.

Comme précisé, le pouvoir adjudicateur peut être dispensé d'interroger le soumissionnaire sur le prix des postes qu'il juge négligeable.

Concernant la notion de poste négligeable, celle-ci n'est pas définie par la loi comme le rappelle le rapport au roi de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 :

“ De plus, l'alinéa 5 du paragraphe 2 prévoit expressément que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter formellement à fournir des justifications concernant les prix pour des postes d'une importance négligeable. Il peut en effet être présumé que ceux-ci n'auront aucune influence, en raison de leur caractère négligeable. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur procéderait malgré tout à un examen des prix des postes négligeables dans le cadre de marchés qui contiennent par exemple plusieurs prix considérés comme anormaux et qu'il apparaîtrait que les prix constatés sont anormaux pour un nombre de postes négligeables très limité, l'offre pourrait toujours être considérée comme régulière. En effet, il est clarifié au paragraphe 3 que l'offre doit uniquement être rejetée dans deux hypothèses : en raison du caractère anormal du montant total de l'offre et/ou en raison du caractère anormal d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s).

Il n'a pas été donné suite à la remarque du Conseil d'État d'insérer des exemples pratiques dans le rapport au Roi. Le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné.”

Ainsi il a pu être jugé qu'un des critères pour considérer ou non un poste comme négligeable pouvait être :

- L'objet du ou des postes concernés sur le plan de la technique à mettre en œuvre ou par exemple de la sécurité : selon le rapport au roi précité, “le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché concerné”. Ainsi, le poste en cause pourrait être essentiel pour la solidité et/ou la sécurité de l'ouvrage fini :

Comme indiqué précédemment, le poste 71.11.1.a est relatif à quelques prestations administratives de contact avec les services d'ORES.

Il ne pouvait être ici considéré qu'il s'agisse d'une prestation essentielle pour la sécurité du marché ou la solidité de l'ouvrage à réaliser.

Il s'agit donc d'un poste tout à fait accessoire.

- Apprécié *in casu* en fonction du montant du poste et du montant global avec la fixation d'un seuil en pourcentage :

En l'espèce, le poste concerné représente à 0,28 % du montant de l'offre de la requérante si l'on ne tient pas compte de l'erreur mentionnée à la première branche du moyen.

Si l'on tient compte de celle-ci le poste 71.11.1.a représenté 0,01 % du montant de l'offre HTVA de la SA TRADECO BELGIUM.

Il s'agit donc d'un poste tout à fait accessoire du montant de l'offre de la requérante.

20. À cet égard et à titre exemplatif, la Région wallonne dans le cadre d'une circulaire du 14 juillet 2008 n°0-08-02 a considéré :

“ il est acceptable de ne pas examiner l'anormalité éventuelle du prix de postes dont le montant représente, individuellement, moins d'1 % du montant totale de l'offre, sauf sérieuse présomption de prix spéculatifs”.

Une telle spéculation n'est pas démontrée en l'espèce.

21. Le pouvoir adjudicateur n'a pas en outre considéré le poste litigieux comme non négligeable sans commettre une erreur manifeste d'appréciation.

En effet, comme démontré, celui-ci est totalement accessoire.

De plus, il y a lieu de souligner que le prix de ce poste ne modifie aucunement le classement des offres.

22. Comme indiqué précédemment, le poste 71.11.1.a est donc négligeable.

La SA TRADECO BELGIUM ne peut que regretter le caractère léger de la motivation à cet égard.

Le pouvoir adjudicateur dispose d'une compétence discrétionnaire pour apprécier le caractère négligeable d'un poste et n'est donc pas tenu à des critères déterminés pour juger de ce caractère.

Cela étant, le pouvoir adjudicateur ne peut commettre d'erreur manifeste d'appréciation lorsqu'elle met en œuvre son pouvoir discrétionnaire.

En effet, Votre Conseil juge que :

“ 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'Etat ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. 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 revient dès lors au pouvoir adjudicateur de se fonder sur les justifications exactes et pertinentes et légalement admissibles et de motiver sa décision de considérer un poste comme non négligeable.

En l'espèce, force est de constater que le pouvoir adjudicateur n'a défini aucun critère pour lui permettre de déterminer les postes négligeables ou non.

En outre, comme explicité *supra*, le poste 71.11.1.a devait être considéré comme négligeable.

Quand bien même cela n'aurait pas été le cas, il ne peut être omis que la motivation de l'acte attaqué est lapidaire voire lacunaire.

À cet égard, Votre Conseil a pu très récemment considérer :

“ La décision qui écarte une offre en raison du caractère anormal du prix d'un ou plusieurs poste(s) doit montrer que le pouvoir adjudicateur a vérifié si les postes en cause sont négligeables ou ne le sont pas. La qualification du caractère négligeable ou non négligeable d'un poste sert de fondement à la décision d'écarter l'offre. Si cette qualification n'est pas indiquée dans l'acte, une étape du raisonnement du pouvoir adjudicateur n'est pas exprimée et la décision d'écarterment est affectée d'un vice de motivation formelle.”

La motivation de l'acte attaqué est défailante sur ce point puisqu'elle se borne à indiquer que les postes pour lesquels une interrogation a eu lieu sont non négligeables.

Une telle motivation ne permet aucun contrôle et permet purement et simplement l'arbitraire dans le chef du pouvoir adjudicateur.

23. En résumé, il ressort donc de ce qui précède :

- Que la motivation de la décision attaquée ne permet pas de déterminer une méthode d'identification des postes non négligeable empêchant ici le contrôle de cette dernière par Votre Conseil ;
- Que la motivation de l'acte attaqué n'explicite pas en quoi le poste 71.11.1.a serait non négligeable ;
- Qu'il ressort également de ce qui précède que le poste 71.11.1.a eu égard à son importance tout à fait relative dans le marché litigieux ne pouvait être qualifié de non négligeable sans violer les dispositions visées au moyen et commettre une erreur manifeste d'appréciation.

Il ressort donc de ce qui précède que le moyen en sa deuxième branche est sérieux ».

B. Note d'observations

Après avoir rappelé les termes de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, la partie adverse répond à la seconde branche du moyen dans les termes suivants :

« Il résulte de cette disposition que, pour les postes non négligeables, le pouvoir adjudicateur est tenu de demander les justifications de 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.

Ni l'article 36 de l'arrêté du 18 avril 2017, ni le rapport au Roi précédant cet arrêté, ne précisent ce qu'il convient d'entendre par poste négligeable ou non négligeable. La jurisprudence de Votre Conseil estime, à cet égard, que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu au respect de critères déterminés lorsqu'il s'agit de juger du caractère négligeable ou non des postes de l'offre et qu'il dispose d'un pouvoir d'appréciation. Il en déduit que lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur quant à ce, il ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur.

Quant à l'obligation de motivation formelle, Votre Conseil précise que la qualification du caractère négligeable ou non négligeable d'un poste doit être indiquée dans l'acte, à défaut de quoi "une étape du raisonnement du pouvoir adjudicateur n'est pas exprimée et la décision d'écartement est affectée d'un vice de motivation formelle".

15. En l'espèce, il convient, tout d'abord, de rappeler que l'offre de la requérante a été écartée pour cause d'irrégularité substantielle pour les motifs suivants :

1. S.A. TRADECO BELGIUM

Le soumissionnaire a transmis les justifications de l'ensemble des postes soumis à vérification. Toutefois, l'entreprise a modifié le prix d'un poste dans le cadre de la vérification de prix en expliquant avoir commis une erreur matérielle. Cette modification n'a pas été acceptée par le pouvoir adjudicateur qui ne retrouve aucun lien entre le montant initial et le montant que la société rectifie. Le montant du poste concerné présente par conséquent un caractère anormal. Le

Il ressort de cette motivation qu'à la suite de la réception du courrier de la requérante du 17 août 2023, la partie adverse a considéré que la justification de prix fournie par la requérante pour le poste 71.11.1.a ne pouvait pas être qualifiée, comme cette dernière le prétendait, d'erreur purement matérielle, mais constituait une modification de prix d'un poste après le dépôt des offres. La partie adverse a démontré dans le cadre de la réfutation de la première branche du moyen qu'elle n'a, à cet égard, commis aucune erreur manifeste d'appréciation, ni violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Pour ce seul motif, l'offre de la requérante doit donc déjà, en toute hypothèse, être écartée pour cause d'irrégularité, sans même qu'il ne soit nécessaire de se pencher sur le caractère négligeable ou non du poste concerné.

Par conséquent, la critique de la requérante portant sur cette qualification n'est pas pertinente, puisqu'en toute hypothèse, le fait d'avoir modifié son offre après le dépôt de celle-ci pour le poste 71.11.1.a, que ce poste soit négligeable ou non, doit entraîner son écartement pour cause d'irrégularité.

16. Ensuite, il convient de relever que le rapport d'analyse des offres, lequel fait partie intégrante de la décision motivée d'attribution, précise ce qu'il suit au sujet de l'application qui a été faite de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 :

3. Suspicion de prix anormaux – Deuxième niveau de contrôle

Conformément à l'article 36, §4 de l'ARP, il existe une présomption réfragable de prix anormal pour toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins 15 % en dessous (ou au-dessus) de la moyenne des montants déposées par les soumissionnaires.

Cette moyenne a été calculée conformément à l'article 36, §4, alinéa 2, 2° en se fondant sur toutes les offres des soumissionnaires sélectionnés sans tenir compte des offres manifestement irrégulières (Art. 36, §4, alinéa 3 et 4)

Vérification des montants globaux :

Aucune offre, prise dans leur globalité, ne présente d'écart supérieur à 15% par rapport à la moyenne légale des offres.

Vérification des métrés individuellement et vérification poste par poste

L'analyse des montants totaux par mètre pris individuellement en comparaison à la moyenne légale des offres relève les constats suivants :

1. Mètre architecture : Aucune offre, ne présente d'écart supérieur à 15% par rapport à la moyenne légale des offres.
2. Mètre stabilité : Aucune offre, ne présente d'écart supérieur à 15% par rapport à la moyenne légale des offres.
3. Mètre chauffage : Aucune offre, à l'exception de la société BEMAT - Entreprises Gilles Moury, ne présente d'écart supérieur à 15% par rapport à la moyenne légale des offres.
4. Mètre électricité : Toutes les offres présentent un écart supérieur à 15% par rapport à la moyenne légale des offres.
5. Mètre levage : les offres des sociétés DUCHENE, BEMAT - Entreprises Gilles Moury et Entreprises Réunies R. DE COCK – WYCOR présentent un écart supérieur à 15% par rapport à la moyenne légale des offres.

Conformément à l'article 36, §2, alinéa 5 de l'ARP, le pouvoir adjudicateur s'est également concentré sur la vérification des prix des postes non négligeables. Il a relevé, pour chacune des offres, des postes pour lesquels des écarts sont supposés anormaux par rapport à la moyenne légale (calculée pour chacun des postes conformément à l'article 36, §4 de l'ARP).

Ces postes ont fait l'objet d'une interrogation conformément à l'article 36, §2 de l'ARP, lequel permet au pouvoir adjudicateur d'inviter le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai minimum de 12 jours.

Toutes les sociétés ont répondu dans le délai prescrit à cette invitation, à l'exception de la société FRANKI qui n'a pas donné suite à la demande du pouvoir adjudicateur.

Il ressort expressément de cette motivation que la partie adverse s'est concentrée "sur la vérification des prix des postes non négligeables" et que seuls ces postes "ont fait l'objet d'une interrogation conformément à l'article 36, § 2, de l'ARP".

Contrairement à l'affaire qui a mené à l'arrêt n° 257.390 du 21 septembre 2023 invoqué par la requérante, la partie adverse a donc bien qualifié les postes concernés de non négligeables dans le rapport d'analyse des offres faisant partie intégrante de la décision motivée d'attribution, dans le respect de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de la loi du 17 juin 1013 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.

La partie adverse n'a, par ailleurs, commis aucune erreur manifeste d'appréciation en qualifiant le poste litigieux de poste non négligeable. En effet, dans le document intitulé "Dossier administratif" du 14 novembre 2023 sur la base duquel le rapport d'analyse des offres a été établi (pièce 11 confidentielle), une méthode d'identification des postes non négligeables a bien été déterminée. Après avoir exposé que pour le mètre électricité, l'ensemble des offres présentent un écart supérieur à 15 % par rapport à la moyenne légale des offres, le document s'exprime comme il suit :

Le pouvoir adjudicateur dans son analyse à considérer comme non négligeables les postes qui représentent au moins 1% de part du métré analysé, calculée sur base de la moyenne légale des offres.

Le pouvoir adjudicateur a déterminé le caractère négligeable ou non des postes au regard de chaque métré distinctement au motif que :

- Chaque secteur est spécifique et différent. Le pouvoir adjudicateur considère qu'il est préférable d'analyser des prix d'un même secteur pour être plus objectif dans la détermination du caractère négligeable ou non du poste. En effet, les prix des matériaux peuvent varier fortement d'un secteur à l'autre. Certains secteurs se voient plus impacter que d'autres dans le prix des matériaux qu'ils proposent habituellement. Un secteur dont les prix sont à la hausse aura inévitablement un impact sur la détermination de la part du marché du poste.
- Toutes les sociétés sont des entreprises générales qui sous-traitent les parties techniques spéciales. Les prix pratiqués dans ces métrés sont par conséquent plus importants car comptabilisent des doubles marges bénéficiaires. L'impact sur le montant total de l'offre est donc plus conséquent, ce qui pourrait avoir pour résultat de ne pas considérer un poste comme non négligeable dans un autre secteur.
- De plus, vu le nombre total de postes à analyser, l'impact sur la part de marché du poste en est inévitablement réduite ce qui a pour conséquence d'exclure certains postes qui se seraient révélés comme négligeables. La comparaison avec les métrés individuels permet de relever des écarts significatifs, contrairement à la comparaison sur la globalité de l'offre qui au vu du nombre total des postes à analyser aurait inévitablement réduit cet écart.
- Le pouvoir adjudicateur dans son analyse fait appel à différents bureau d'études pour lesquels il est important d'avoir un détail indépendant des prix spécifiques à leur secteur.

Le pouvoir adjudicateur a décidé d'interroger les soumissionnaires sur les postes non négligeables pour lesquels il est constaté un écart négatif ou positif par rapport au prix moyen calculé conformément à l'article 36, §4 de l'ARP, de plus de 15 %.

Les postes repris ci-après ont fait l'objet d'une interrogation conformément à l'article 36, §2 de l'ARP, par courrier recommandé et par e-mail le 17 juillet 2023. Les réponses étaient attendues pour le 21 août 2023.

Toutes les sociétés ont répondu dans le délai prescrit à cette invitation, à l'exception de la société S.A. FRANKI qui n'a pas donné suite à la demande du pouvoir adjudicateur.

C'est ainsi l'importance du poste par rapport à chacun des métrés pris distinctement qui a été retenu afin de qualifier un poste de non négligeable ou non. La partie adverse a, en effet, estimé qu'un poste était à considérer comme non négligeable dès le moment où il représentait une certaine quote-part de la valeur totale du métré analysé, qui laissait dès lors supposer de son importance lors de l'exécution.

Cette quote-part a été fixée à 1 % de part de marché du métré analysé, calculée sur base de la moyenne légale des offres. La partie adverse a, en effet, estimé qu'il convenait d'appliquer ce pourcentage métré par métré, en distinguant les "métiers". Elle a, à cet égard, exposé les raisons pertinentes pour lesquelles il convenait, en l'espèce, de procéder de cette manière. Aucune erreur manifeste d'appréciation ne peut lui être reprochée quant à cette méthode de calcul. Dans des marchés avec une multitude de postes, la part de marché de chacun de ces postes est souvent assez faible puisque calculée par rapport au montant total de l'offre. Il n'est, par conséquent, pas manifestement déraisonnable d'avoir considéré que tous les postes atteignant au moins 1% de part de marché du métré analysé était suffisant pour souligner leur importance dans la globalité du marché.

Un tel pourcentage a déjà été considéré comme raisonnable par Votre Conseil, ce que, du reste, la partie requérante ne conteste pas en se référant elle-même à une circulaire de la Région wallonne du 14 juillet 2008 dans ce sens. Cette circulaire précise, en effet, qu'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". La partie adverse a donc considéré qu'au-dessus de 1 %, le poste présentant une suspicion d'anormalité devait être considéré comme non négligeable.

Votre Conseil reconnaît qu'appliquer un pourcentage constitue un élément objectif, clair et facilement vérifiable afin de déterminer le caractère négligeable ou non d'un poste. Pour le surplus, comme précisé *supra*, Votre Conseil précise que pour déterminer le caractère négligeable ou non d'un poste, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation et que lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur quant à ce, il ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur.

Il n'est pas non plus manifestement déraisonnable d'avoir considéré que l'importance d'un poste, et donc, son caractère non négligeable, devait être apprécié, dans ce cas d'espèce, au regard de la moyenne légale des offres. Ce calcul est, en effet, plus proche de la réalité du prix moyen et permet des lors de comparer toutes les offres sur une même base. Par ailleurs, il permet d'opérer l'analyse sur les mêmes éléments que ceux imposés par l'article 36, § 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, à savoir un calcul sur base de la moyenne légale des offres, ce qui constitue le meilleur indicateur en l'espèce. Enfin, il convient de relever que dans l'hypothèse où le caractère négligeable ou non d'un poste avait été déterminé sur la base du montant total de l'offre à considérer pour le métré analysé, le poste 71.11.a aurait quand même fait l'objet d'une interrogation pour suspicion d'anormalité, dès lors que le poste aurait représenté 2,77 % de part de marché.

Sur la base de la méthode qui précède, la partie adverse a procédé dans un tableau Excel comparatif à une analyse chiffrée du pourcentage de part du métré analysé représentée par chacun des postes, calculée sur la base de la moyenne légale des offres (pièce 10 confidentielle). Il ressort ainsi de ce tableau Excel que la moyenne légale des offres pour le poste 71.11.1.a représente 1,37 % de part du métré électricité (feuille "Métré Electricité", colonne "AQ"). Il s'agit de la raison objective pour laquelle ce poste a été considéré comme non négligeable. Le détail du calcul de la moyenne légale des offres (colonnes "AU à BD") figurant dans le tableau Excel permet de constater que le calcul qui a été opéré n'est pas erroné et qu'aucun reproche ne peut, par conséquent, être adressé à la partie adverse quant à une éventuelle erreur.

Quant à la critique de la partie requérante tendant à dire que la motivation de l'acte attaqué est lapidaire, voire lacunaire, au sujet de la qualification des postes concernés de non négligeables, il y a lieu de relever qu'aucune disposition n'impose à la partie adverse de détailler dans sa décision l'ensemble de l'examen auquel elle s'est livrée concernant la problématique des prix anormaux et le déclenchement de la procédure d'interrogation visée à l'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Il faut, mais il suffit, qu'en application de l'obligation de motivation matérielle de tout acte administratif, sa décision repose sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, lesquels se dégagent soit de la décision elle-même, soit du dossier administratif. Or, en l'espèce, outre que la violation du principe de motivation matérielle n'est pas visée au moyen, il ressort bien du document intitulé "dossier administratif" et du tableau Excel comparatif (pièces 10 et 11 confidentielles) que l'acte attaqué repose sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles.

Ajoutons enfin qu'en toute hypothèse, l'obligation de motivation formelle doit se comprendre de manière raisonnable et n'empêche pas d'avoir égard aux éléments contenus dans le dossier administratif, lesquels viennent dans le prolongement des motifs exprimés dans l'acte, tout en éclairant la portée de ceux-ci. Rien n'empêche donc d'avoir égard aux éléments contenus dans le dossier

administratif, étayant les raisons pour lesquels la partie adverse a qualifié le poste 71.11.1.a de non négligeable.

17. Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que la seconde branche du moyen unique n'est pas sérieuse ».

C. Requête en intervention

Les intervenantes formulent les observations suivantes :

« III.3.2.1 Absence d'intérêt

21. Il faut d'abord constater que la requérante ne dispose pas d'intérêt à la seconde branche du moyen unique.

22. En effet, dans l'acte attaqué, la partie adverse a souligné que la requérante avait procédé à une modification du prix du poste litigieux à l'occasion de la demande de justifications qui lui a été adressée. Un tel procédé constitue une méconnaissance du principe d'intangibilité des offres et de l'égalité entre les soumissionnaires.

Comme l'a souligné la partie adverse, ce seul motif suffit à justifier l'écartement de l'offre de la requérante.

La question du caractère négligeable ou non du poste litigieux ne présente pas de pertinence puisque, que celui-ci soit négligeable ou pas, il ne pouvait faire l'objet d'une modification après le dépôt de l'offre. Un tel procédé fait nécessairement douter de l'engagement du soumissionnaire, lui donnerait un avantage discriminatoire et empêche en toute hypothèse la comparaison de son offre, ce qui rend son offre substantiellement irrégulière.

À supposer que le poste litigieux soit négligeable (*quod non*), l'offre de la requérante aurait donc dû, en toute hypothèse, être écartée de sorte que la requérante ne dispose d'aucun intérêt à cette branche.

23. La seconde branche du moyen unique est donc irrecevable.

III.3.2.2 Réfutation

24. À titre subsidiaire, il faut en toute hypothèse constater que les développements de la requérante ne sont pas sérieux.

25. L'article 36, § 2, alinéa 5, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 prévoit que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables.

La réglementation relative aux marchés publics ne définit pas ce qu'il y a lieu d'entendre par poste négligeable.

26. Le rapport au Roi de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précise à cet égard :

“ De plus, l'alinéa 5 du paragraphe 2 prévoit expressément que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter formellement à fournir des justifications concernant les prix pour des postes d'une importance négligeable. Il peut en effet être présumé que ceux-ci n'auront aucune influence, en raison de leur caractère négligeable. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur procéderait malgré tout à un examen des prix des postes négligeables dans le cadre de

marchés qui contiennent par exemple plusieurs prix considérés comme anormaux et qu'il apparaîtrait que les prix constatés sont anormaux pour un nombre de postes négligeables très limité, l'offre pourrait toujours être considérée comme régulière. En effet, il est clarifié au paragraphe 3 que l'offre doit uniquement être rejetée dans deux hypothèses : en raison du caractère anormal du montant total de l'offre et/ou en raison du caractère anormal d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s).

Il n'a pas été donné suite à la remarque du Conseil d'Etat d'insérer des exemples pratiques dans le rapport au Roi. Le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné".

À l'occasion de l'avis rendu par la section de législation de Votre Conseil sur le projet d'arrêté qui deviendra l'arrêté royal du 18 avril 2017, le délégué au Gouvernement a précisé à cet égard qu'il était "impossible" de donner une définition générale et utile de ce qui doit être considéré comme négligeable ou non, cette qualification revenant au pouvoir adjudicateur dans le cadre d'une évaluation propre au marché concerné.

Il a donc été décidé de s'abstenir, à dessein, de définir la notion de "poste négligeable" pour permettre au pouvoir adjudicateur de déterminer ce qui doit être considéré comme tel ou non dans le cadre du marché qu'il a décidé de lancer.

27. Votre Conseil juge ce qui suit à cet égard et souligne notamment le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur sur ce point :

" (...) il n'apparaît ni de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ni de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, que le pouvoir adjudicateur soit tenu au respect de critères déterminés lorsqu'il s'agit de juger du caractère négligeable ou non des postes de l'offre, dont le prix est considéré comme anormalement bas. À cet égard, le rapport au Roi précédant l'arrêté royal susvisé 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 sur ce point, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur, sauf à sanctionner une erreur manifeste d'appréciation".

Votre Conseil précise que la décision qui écarte une offre en raison du caractère anormal du prix d'un ou plusieurs postes doit démontrer que le caractère négligeable ou non des postes a été vérifié et qu'il y a donc eu une qualification du caractère négligeable ou non, qui sert de fondement à la décision d'écarter l'offre.

28. En l'espèce, la partie adverse a explicitement qualifié le poste litigieux de non négligeable puisqu'elle a indiqué, dans l'acte attaqué, que "conformément à l'article 36, § 2, alinéa 5 de l'ARP", le pouvoir adjudicateur s'est concentré sur la vérification des prix des postes non négligeables. Elle n'a donc pas vérifié les prix des postes non négligeables, comme l'autorise l'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Cela implique donc que tous les postes vérifiés, en ce compris le poste litigieux, ont été qualifiés de non négligeables. Les critiques de la requérante sur ce point sont donc erronées.

29. Ensuite, il ressort de la note d'observations et de la référence faite à une pièce n° 11 "Dossier administratif", déposée à titre confidentiel, que la partie adverse a

établi une méthodologie détaillée pour déterminer si un poste était négligeable ou non et donc pour déterminer s'il y avait lieu d'interroger un soumissionnaire.

Il doit d'abord être rappelé que Votre Conseil juge que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de sa décision pourquoi un prix ne présente pas de caractère anormal pour autant qu'il ressorte de la décision ou du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à une vérification des prix.

Votre Conseil a ainsi déjà admis qu'une pièce du dossier administratif, déposée à titre confidentiel, démontre que le pouvoir adjudicateur s'est bien intéressé à la question du prix des offres et les a vérifiés concrètement.

Cette jurisprudence vaut *a fortiori* pour la détermination du caractère négligeable ou non d'un poste.

30. En outre, les développements de la partie requérante, qui ne prennent pas en compte l'analyse figurant dans cette pièce du dossier administratif et qui a précédé l'adoption de l'acte attaqué, ne peuvent par conséquent pas être suivis.

Dans le cadre de son pouvoir d'appréciation quant à la détermination des critères permettant de qualifier un poste de négligeable ou non, la partie adverse a ainsi décidé de prendre en considération chaque mètre pris distinctement pour les motifs suivants, qu'il y a lieu de reproduire :

- Chaque secteur est spécifique et différent. Le pouvoir adjudicateur considère qu'il est préférable d'analyser des prix d'un même secteur pour être plus objectif dans la détermination du caractère négligeable ou non du poste. En effet, les prix des matériaux peuvent varier fortement d'un secteur à l'autre. Certains secteurs se voient plus impacter que d'autres dans le prix des matériaux qu'ils proposent habituellement. Un secteur dont les prix sont à la hausse aura inévitablement un impact sur la détermination de la part du marché du poste.
- Toutes les sociétés sont des entreprises générales qui sous-traitent les parties techniques spéciales. Les prix pratiqués dans ces métrés sont par conséquent plus importants car comptabilisent des doubles marges bénéficiaires. L'impact sur le montant total de l'offre est donc plus conséquent, ce qui pourrait avoir pour résultat de ne pas considérer un poste comme non négligeable dans un autre secteur.
- De plus, vu le nombre total de postes à analyser, l'impact sur la part de marché du poste en est inévitablement réduite ce qui a pour conséquence d'exclure certains postes qui se seraient révélés comme négligeables. La comparaison avec les métrés individuels permet de relever des écarts significatifs, contrairement à la comparaison sur la globalité de l'offre qui au vu du nombre total des postes à analyser aurait inévitablement réduit cet écart.
- Le pouvoir adjudicateur dans son analyse fait appel à différents bureau d'études pour lesquels il est important d'avoir un détail indépendant des prix spécifiques à leur secteur.

Ces motifs sont particulièrement détaillés et peuvent justifier la méthode qui a été suivie par la partie adverse conformément aux besoins et exigences qu'elle a identifiés dans le cadre du marché concerné. Comme exposé dans la jurisprudence précitée, il n'appartient pas à Votre Conseil de substituer sa propre appréciation à celle effectuée par la partie adverse dès lors qu'aucune erreur manifeste d'appréciation ne peut être déduite de ces motifs.

31. Le seuil de 1 % de part du mètre analysé, retenu par la partie adverse pour déterminer si un poste est négligeable ou non, est tout aussi adéquat.

En effet, outre que Votre Conseil a déjà admis qu'un tel pourcentage soit utilisé par un pouvoir adjudicateur dans un contexte similaire, il correspond...au

montant auquel la requérante semble se référer pour tenter de démontrer le caractère négligeable du poste litigieux.

Elle se réfère ainsi au montant de 1 % mentionné dans une circulaire de la Région wallonne du 14 juillet 2008 n° 44-0-08-02 et en-dessous duquel la Région considère qu'il "est acceptable de ne pas examiner l'anormalité éventuelle du prix [du poste concerné]".

Votre Conseil a d'ailleurs déjà fait référence à cette circulaire et au montant d'1 % qu'elle retient dans le cadre de l'analyse de la justification du caractère négligeable ou non d'un poste.

32. En application de la méthode exposée ci-dessus, la partie adverse a établi un tableau excel duquel il ressort que la moyenne légale des offres pour le poste litigieux représente 1,37 % de la part du mètre "Électricité", ce qui constitue donc un dépassement du montant d'1 % retenu pour déterminer si un poste est négligeable ou non.

Il en découle que la partie adverse a adéquatement identifié une méthode de détermination du caractère négligeable ou non des différents postes et, en application de cette méthode, a valablement qualifié le poste litigieux de non négligeable.

Elle a donc, sur cette base, invité les soumissionnaires à justifier leur prix et, en l'absence d'une quelconque justification relative à l'absence d'anormalité du poste dans l'offre de la requérante, elle a régulièrement écarté l'offre de la requérante.

33. La seconde branche du premier moyen n'est pas sérieuse ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

À supposer que la partie adverse ait régulièrement décidé que les justifications du prix unitaire offert pour le poste 71.11.1.a ne pouvaient être admises, encore faut-il – pour que, conformément à l'article 36, § 3, 1°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, l'offre de la requérante soit considérée comme affectée d'une irrégularité substantielle, justifiant son éviction – que la partie adverse retienne le caractère non négligeable du poste concerné. Ceci semble, *prima facie*, établi en l'espèce par la mention du rapport d'évaluation des offres qui se lit comme suit :

« Conformément à l'article 36, § 2, alinéa 5 de l'ARP, le pouvoir adjudicateur s'est également concentré sur la vérification des prix des postes non négligeables. Il a relevé, pour chacune des offres, des postes pour lesquels des écarts sont supposés anormaux par rapport à la moyenne légale (calculée pour chacun des postes conformément à l'article 36, § 4 de l'ARP).

Ces postes ont fait l'objet d'une interrogation conformément à l'article 36, § 2 de l'ARP, lequel permet au pouvoir adjudicateur d'inviter le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai minimum de 12 jours ».

En sa seconde branche, le moyen fait grief à la partie adverse d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant le caractère non négligeable du poste 71.11.1.a. Il lui reproche également d'avoir manqué à son obligation de motivation formelle, en ne permettant pas de déterminer la méthode d'identification des postes non négligeables et en n'explicitant pas en quoi le poste concerné de l'offre de la requérante serait non négligeable.

S'agissant de la recevabilité du moyen, en sa seconde branche, les intervenantes ne peuvent être suivies lorsqu'elles contestent l'intérêt de la requérante à ce moyen, défaut d'intérêt qui résulterait – selon elles – de ce que la partie adverse a régulièrement décidé de ne pas admettre la justification du prix unitaire relatif au poste 71.11.1.a, en particulier de ne pas retenir l'erreur matérielle invoquée et de tenir pour irrégulière la rectification de cette erreur, étant entendu que – selon les parties adverse et intervenantes – ce seul motif suffit à justifier l'écartement de l'offre de la requérante. À supposer, en effet, que la partie adverse ait régulièrement statué en ce sens, elle ne se trouve pas dégagée de son obligation de respecter les termes de l'article 36, § 3, 1^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Dès lors que la qualification du caractère négligeable ou non du poste est un élément essentiel et indispensable du raisonnement du pouvoir adjudicateur dans la vérification des prix et dans l'écartement d'une offre pour irrégularité substantielle, la requérante a bien intérêt à contester la qualification du poste comme étant non négligeable ainsi que la motivation formelle de la décision d'attribution à cet égard, puisqu'elle est lésée par cette qualification qu'elle conteste et qui a nécessairement participé au motif d'écartement de son offre. L'exception d'irrecevabilité opposée au moyen ne peut, en conséquence, être accueillie.

Quant au caractère sérieux du moyen, en ce qu'il dénonce l'indigence de la motivation formelle, il est rappelé avant tout que l'obligation à laquelle l'autorité est tenue à ce sujet doit notamment permettre aux destinataires d'une décision de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à l'adopter, vérifier que celle-ci s'est livrée à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire et apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont ils peuvent disposer.

La décision qui écarte une offre en raison du caractère anormal du prix d'un ou plusieurs poste(s) doit certes montrer que le pouvoir adjudicateur a vérifié si les postes en cause sont négligeables ou ne le sont pas. La qualification du caractère négligeable ou non négligeable d'un poste sert de fondement à la décision d'écarter l'offre. L'obligation de motivation formelle de la qualification du caractère non négligeable d'un poste dépasse toutefois la simple mention de ce caractère, dès lors

qu'est en jeu, pour le soumissionnaire concerné, une garantie contre l'arbitraire, y compris dans l'application des dispositions normatives.

En l'espèce, ni la décision d'attribution, ni le rapport d'examen des offres joint à celle-ci et notifié aux soumissionnaires, ne contiennent d'explications sur la méthode choisie par la partie adverse pour déterminer si un poste doit être considéré comme étant non négligeable. De telles explications figurent certes dans un rapport plus extensif (identifié comme étant la pièce 11 du dossier administratif) et dont un extrait est reproduit par la partie adverse dans sa note d'observations. Ce document, qui n'a pas été porté à la connaissance de la requérante, est maintenu confidentiel à la demande de la partie adverse ; les explications données, par ailleurs, dans la note d'observations ne peuvent, en toute hypothèse, pallier les lacunes dans la motivation de l'acte attaqué. Dans ces circonstances, la simple mention précitée que les postes pour lesquels les soumissionnaires ont été interrogés étaient considérés comme non négligeables, ne permet pas à la requérante ni de comprendre sur la base de quelle méthode ils ont été qualifiés ainsi, ni, en conséquence, de s'assurer que cette qualification n'a pas été octroyée de manière arbitraire par le pouvoir adjudicateur à ces postes, dont celui pour lequel la justification de son prix unitaire n'a pas été admise.

Le moyen, qui reproche à la partie adverse un manquement à son obligation de motivation formelle, doit être déclaré sérieux en sa seconde branche.

VI. Balance des intérêts

VI.1. Thèse de la partie adverse

Sous le titre « V. Balance des intérêts » de sa note d'observations, la partie adverse émet les considérations suivantes :

« 18. Il ressort des critiques formulées par la partie requérante que celles-ci concernent essentiellement la motivation formelle de l'acte attaqué.

Si, par impossible, Votre Conseil devait considérer que l'acte attaqué est affecté d'un vice de motivation formelle ne touchant pas au fond de la décision, la partie adverse sollicite qu'une mise en balance des intérêts en présence puisse être opérée.

En effet, il convient de souligner que le projet s'inscrit dans le cadre du plan de financement européen pour la reprise et la résilience (PRR) fondé sur le règlement (UE) n° 2021/241 du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience.

Par ce règlement, un soutien financier a été accordé aux États membres par le biais de la "facilité pour la reprise et la résilience", conçue comme un outil pour affronter la crise liée à la Covid-19 et pour augmenter la résilience des États

membres en vue de futures crises éventuelles. Les États membres ont été invités à présenter à la Commission européenne des plans nationaux pour la reprise et la résilience (“PRR”) contenant leurs programmes nationaux de réforme et d’investissement, lesquels, une fois acceptés, donneraient lieu à une contribution financière pour la mise en œuvre de celui-ci.

Le plan national belge a été validé par la Commission européenne et approuvé par le Conseil de l’Union européenne pour une contribution financière d’un montant de 5,9 milliards d’euros. La Communauté française a prévu d’affecter une part significative de l’enveloppe octroyée par l’Union européenne pour un large plan d’investissement dans les bâtiments scolaires.

Afin de répartir cette enveloppe entre les différents pouvoirs organisateurs, elle a adopté un décret du 30 septembre 2021 “relatif au plan d’investissement dans les bâtiments scolaires établi dans le cadre du plan de reprise et de résilience européen” ainsi qu’une circulaire ministérielle n° 8291 “Bâtiments scolaires : procédure d’octroi de financements et subventions exceptionnels dans le cadre du plan d’investissement dans les bâtiments scolaires établi dans le cadre du plan de reprise et de résilience (PRR) européen”, lequel a été modifié, suite à l’arrêt de la Cour constitutionnelle n° 32/2022 du 24 février 2022, par un décret du 28 avril 2022.

En date du 4 juillet 2022, le dossier du projet concerné en l’espèce a obtenu l’octroi d’un accord de principe pour un montant de subvention de 7.719.200,45 euros (voir l’annexe SGISSFWB : pièce 15). Le dossier pour la demande d’accord ferme est en cours de traitement en interne et doit comprendre, notamment, la décision motivée d’attribution (voyez la circulaire n° 8291 – pièce 14 et l’annexe SGISSFWB, point 26 – pièce 15).

La circulaire n° 8291 précise que la subvention est conditionnée par la réception provisoire au 30 juin 2026 (pièce 14). Dès lors que le délai d’exécution des travaux est fixé à 730 jours calendrier, le respect des échéances par phase est primordial. Or, à l’analyse, le rétroplanning n’autorise pas de marge de manœuvre (pièce 16), de sorte que si un arrêt de Votre Conseil devait intervenir au-delà du délai de 30 jours calendriers et/ou conclure à la suspension de l’exécution de l’acte attaqué, le montant de la subvention sera définitivement perdu.

Comme la Cour constitutionnelle l’a souligné dans son arrêt n° 32/2022 du 24 février 2022, il s’agit toutefois de montants “octroyés par l’Union européenne dans le cadre d’une opération tout à fait exceptionnelle qui n’est pas appelée à se reproduire dans un avenir proche. Il s’agit donc d’une opportunité unique pour tous les pouvoirs organisateurs qui font usage de bâtiments dont l’état et les performances énergétiques justifient que soient effectués des travaux de rénovation importants, d’obtenir des fonds leur permettant de mener ces projets à bien” (B.59.2).

Au vu de l’importance des subventions concernées, il est un fait que des moyens comparables provenant d’autres sources de financement ne pourront pas être mis à la disposition de la requérante.

Il convient donc de constater que les conséquences négatives de la suspension qui serait prononcée dans ces conditions l’emportent sur ses avantages (rétablir la légalité qui porterait sur la seule motivation formelle de l’acte, sans toucher au fond) et que la mise en balance des intérêts en présence doit, en tout état de cause, conduire au rejet de la suspension de l’exécution de l’acte attaqué ».

VI.2. *Appréciation du Conseil d'État*

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 est libellé comme 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 ».

L'activation de la balance des intérêts que permet cette disposition suppose que l'instance de recours reconnaisse la gravité des conséquences auxquelles le pouvoir adjudicateur risque d'être exposé en cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qu'elle constate le caractère d'urgence que revêt la situation et qu'elle vérifie que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas, par sa propre attitude, exposé au risque des conséquences redoutées. Il appartient, enfin, à l'instance de recours d'évaluer la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la réfection de l'acte dont la suspension de l'exécution devrait être ordonnée, et ce au regard tant du (des) motif(s) qui, en réponse au(x) moyen(s), justifierai(ent) la suspension sollicitée que de la proximité de l'échéance au-delà de laquelle le risque des conséquences graves redoutées devrait se réaliser.

Pour motiver la demande d'activation de la balance des intérêts, la partie adverse évoque le subventionnement des travaux faisant l'objet du marché litigieux et met particulièrement en évidence la date du 30 juin 2026 à laquelle doit avoir été accordée la réception provisoire des travaux, à défaut de quoi le bénéfice de ce subventionnement serait perdu. Selon elle, le risque de dépassement de cette échéance doit être considéré au regard du fait que le délai d'exécution des travaux est fixé à 730 jours.

Si – et pour ce que permettent d'en juger en extrême urgence, à la lumière des pièces du dossier et des dispositions organisant le subventionnement en cause – le risque de dépassement allégué par la partie adverse ne paraît pas pouvoir être exclu, il s'indique d'observer ce qui suit :

- la lacune de motivation formelle qui ressort de l'examen de la seconde branche du moyen unique et conduit à le déclarer sérieux peut être corrigée à très brève échéance ;

- la partie adverse s'est exposée au risque des conséquences redoutées, en ayant elle-même contribué à la situation qu'elle dénonce aujourd'hui dans sa note, puisqu'elle n'a pas respecté l'objectif intermédiaire fixé dans l'accord de principe du 4 juillet 2022, à savoir l'objectif d'attribution du marché pour le 10 avril 2023. Elle a, en effet, déjà entamé la procédure de passation du marché avec retard, puisque les avis de marché au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne ont été respectivement publiés les 9 et 12 mai 2023 ;
- la partie adverse prétend que des moyens provenant d'autres sources de financement ne pourraient être obtenus en cas de perte du subventionnement en cause ; à l'appui de cette affirmation, elle se prévaut d'un motif de l'arrêt de la Cour constitutionnelle qu'elle cite et qui met en exergue le caractère exceptionnel de l'opération entreprise par l'Union européenne. L'invocation de ce motif ne permet pas de démontrer concrètement la vraisemblance d'un tel risque et l'impact que la réalisation de celui-ci aurait sur les intérêts publics. S'il se conçoit que le subventionnement européen constitue une opportunité méritant d'être saisie, la partie adverse reste en défaut d'exposer, à l'aide d'éléments pertinents au regard du cas d'espèce, en quoi la construction du bâtiment scolaire serait nécessairement et irrémédiablement abandonnée dans la situation qu'elle déclare redouter et qu'elles en seraient les conséquences sur l'organisation de l'enseignement et l'accueil des personnes susceptibles de fréquenter l'établissement concerné.

Dans ces circonstances, il n'est pas établi que les conséquences négatives d'un arrêt de suspension de l'exécution de l'acte attaqué pourraient l'emporter sur ses avantages. Il ne peut, en conséquence, être fait obstacle, au nom de cette « balance des intérêts », à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

VII. Confidentialité

La partie requérante demande que son offre et les justifications de prix du 17 août 2023 bénéficient de la confidentialité, pour ne pas nuire au secret d'affaires. Il s'agit des pièces A et B annexées à la requête.

La partie adverse demande que les offres des différents soumissionnaires (pièces 4.a à 4.h), les justifications communiquées par ces derniers (pièces 6.a à 6.d et 9), le tableau Excel comparatif (pièce 10) et le document intitulé « Dossier administratif » signé le 14 novembre 2023 (pièce 11) bénéficient de la confidentialité.

Les parties requérantes en intervention demandent la confidentialité des pièces 4.d, 6c, 9, 10 et 11 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 requête en intervention introduite par la SA Bemat et la SA Les Entreprises Gilles Moury est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision 8 décembre 2023 relative à l'attribution du marché de travaux relatif à la construction d'une école fondamentale et abords à Jemeppe-Sur-Sambre rue François Hittelet 89 à 5190 Jemeppe-Sur-Sambre est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A et B annexées à la requête et les pièces 4.a à 4.h, 6.a à 6.d, 9, 10 et 11 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 26 janvier 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé composée de :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

La Greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy