

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 258.993 du 29 février 2024

A. 228.800/VI-21.555

En cause : **la société anonyme MELIN,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Olivier JAUNIAUX et
Frédéric GAUCHE, avocats,
place de l'Hôtel de Ville 15-16
1300 Wavre,

contre :

l'État belge, représenté par
le ministre de la Défense.

Partie intervenante :

**la société à responsabilité limitée
SOCIÉTÉ EUROPÉENNE DE TRAVAUX,**

ayant élu domicile chez
M^e Olivier HABRAN, avocat,
rue Defuisseaux 127
7333 Tertre.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 6 septembre 2019, la partie requérante sollicite l'annulation de « la décision relative à l'attribution du lot 2 du marché public suivant (Cahier spécial des charges 19IS640) :

“ Adjudication ouverte pour la conclusion, 2019 au 31 décembre 2020, d'un ou plusieurs (2 lots) accords-cadres travaux à bordereau de prix avec un adjudicataire pour l'exécution de travaux d'entretien, de réparations, d'adaptations restreintes à l'infrastructure routière dans les quartiers et domaines militaires de la Défense,

Lot 1 : zone BEAUVECHAIN
Lot 2 : zone FLORENNES ” ».

II. Procédure

Un arrêt n° 245.331 du 29 août 2019 a accueilli la requête en intervention introduite par la partie intervenante et a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence.

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

M^{me} Geneviève Martou, premier auditeur 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 10 janvier 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 14 février 2024.

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

M^e Véronique Vanden Acker, *loco* M^{es} Frédéric Gauche et Olivier Jauniaux, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{me} Alice Bonte, Lieutenant-colonel, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M^{me} Geneviève Martou, premier auditeur chef de section, a été entendue en son avis contraire.

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.

II. Exposé des faits utiles

Les faits utiles à l'examen de la cause ont été résumés par l'arrêt n° 245.331 du 29 août 2019 (ECLI:BE:RVSCE:2019:ARR.245.331), auquel il convient de se référer.

III. Troisième moyen

III.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante soulève un troisième moyen pris de « l'excès de pouvoir et de la violation de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ».

Elle reproduit la motivation formelle de l'acte attaqué en ce qu'elle concerne la vérification de la normalité des prix. Elle déduit de cette motivation formelle que le pouvoir adjudicateur a fait une application erronée des articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Elle rappelle que l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 impose la vérification des prix tant unitaires que globaux de toutes les offres, peu importe le nombre d'offres sélectionnées, alors que l'article 36, § 4, de cet arrêté royal crée une présomption d'anormalité lorsque, quatre offres au moins étant sélectionnées, le prix d'une de ces offres est inférieure d'au moins quinze pour cent à la moyenne du montant des offres déposées.

Elle affirme que « cette présomption d'anormalité ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de vérifier les prix en application de l'article 35 ».

Elle conclut qu'en l'espèce, la partie adverse a négligé de vérifier le prix global des offres, comme cela ressort de la motivation de l'acte attaqué, et ce sur la base d'une interprétation erronée de l'article 36, paragraphe 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond qu'à l'appui de son moyen, la partie requérante n'explique pas en quoi l'offre de l'adjudicataire comporterait un prix anormalement bas, et se réfère à la sagesse du Conseil d'État quant à la recevabilité du moyen.

Elle écrit que le pouvoir d'appréciation à l'égard du caractère normal ou non des prix a essentiellement pour but de permettre de vérifier si le prix de l'offre permet d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges et cette appréciation relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur. Elle affirme

que ce dernier n'est pas tenu de préciser dans la motivation de son acte pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal. Il suffit qu'il ressorte de la décision, ou du dossier administratif, que le pouvoir adjudicateur a bien procédé concrètement à la vérification des prix.

Elle relève qu'il ressort du rapport d'attribution et spécialement des « corrections apportées au prix » par le pouvoir adjudicateur que ce dernier a bien procédé à une vérification des prix. Elle souligne que la différence de prix entre l'offre de la partie requérante et celle de l'adjudicataire est d'environ 4,5 %, et qu'une telle différence, peu importante, ne révèle pas un prix anormalement bas de l'offre de l'adjudicataire.

La partie adverse s'interroge sur le fondement du moyen vu la faible différence entre les offres de la requérante et celle de l'adjudicataire, et elle conclut que le pouvoir adjudicateur a, à juste titre, estimé que le prix proposé par l'adjudicataire n'était pas anormal « au vu des indications propres et convergentes » dont il disposait.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique que le Conseil d'État s'est prononcé en ce sens que chacune des étapes de l'analyse des prix doit être précisée et motivée par le pouvoir adjudicateur. Elle constate que la partie adverse confond rectification des erreurs matérielles et vérification des prix, qui sont deux étapes différentes de l'examen des offres. Elle estime que ce n'est pas parce que la partie adverse a procédé à la correction d'erreurs matérielles qu'elle a procédé à la vérification des prix alors que le prix proposé par l'adjudicataire paraît anormalement bas, même si l'écart entre les deux offres n'est que de 5%. Elle affirme avoir remis un prix très bas alors, qu'elle ne sous-traite rien. En revanche, elle note que l'adjudicataire, ne disposant pas du matériel nécessaire, est obligé de sous-traiter des parties du marché, ce qui implique une charge supplémentaire, et démontre encore l'anormalité de son prix.

III.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la recevabilité

La requérante a bien intérêt à son moyen. En effet, l'irrégularité alléguée, à savoir une absence de respect de l'obligation de vérifier les prix des offres, est susceptible d'avoir lésé ses intérêts dans la phase d'attribution du marché, puisqu'une

telle vérification pouvait, le cas échéant, entraîner l'exclusion l'offre de sa concurrente, adjudicataire du marché.

Le moyen est dès lors recevable.

B. Quant au fond

Conformément à l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et aux articles 33 et 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix.

L'objectif de cette vérification est double : d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges et d'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 contraires à une saine concurrence 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.

Le pouvoir adjudicateur ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à cette vérification. S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de sa décision pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix.

En l'occurrence, la décision d'attribution contient les motifs suivants concernant la vérification des prix des offres sélectionnées :

« (d) Prix anormaux

(i) Prix unitaires

Pour cette adjudication, les soumissionnaires doivent offrir un prix unitaire par poste.

Le marché reste un marché stock distingué par [l']incertitude des prestations à exécuter, d'avance il n'est pas connu quels postes seront commandés [sic], ni les quantités. Ainsi, cette incertitude se reflète sur les prix unitaires offerts. En plus, certains postes sont évidemment liés à d'autres et la totalité doit être évaluée.

Après analyse, l'administration est d'avis que les prix unitaires offerts sont acceptables.

(ii) Prix globaux

- Analyse
 - o Nombre total d'offres de soumissionnaires sélectionnés (y compris offres non conformes) : 3
 - o Pas d'analyse vu le nombre d'offres sélectionnés < 4 ».

Le texte de l'acte attaqué mentionne qu'une vérification des prix unitaires a bien eu lieu, et que l'administration a considéré que ceux-ci étaient acceptables. Il indique toutefois également que les prix globaux des offres n'ont pas fait l'objet d'une analyse car le nombre d'offres sélectionnées était inférieur à 4.

Cette justification résulte d'une confusion quant à la portée de l'article 36, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité.

Conformément à cet article, « dans le cas d'un marché de travaux ou d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude passé par procédure ouverte ou restreinte et dont l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix et pour autant qu'au moins quatre offres aient été prises en considération conformément aux alinéas 3 et 4, le pouvoir adjudicateur effectue un examen des prix ou des coûts conformément aux paragraphes 2 et 3, pour toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires ».

Cette disposition, lorsque ses conditions d'application sont réunies, contraint le pouvoir adjudicateur à interroger le soumissionnaire qui a remis une offre « dont le montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires », et à examiner ses justifications. Cette obligation spécifique s'ajoute à l'obligation générale de vérification des prix prévue par l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 précitée et par les articles 33 et 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Elle n'implique nullement, comme l'a considéré la partie adverse, que le pouvoir adjudicateur est dispensé d'effectuer la vérification de la normalité du prix global d'une offre lorsque l'article 36, § 4, précité ne trouve pas à s'appliquer.

La partie adverse ne peut par ailleurs être suivie lorsqu'elle suggère que la correction des erreurs purement matérielles et des erreurs arithmétiques des offres, ainsi que la rectification des postes oubliés, doivent être assimilés à une vérification des prix. La faculté dont dispose le pouvoir adjudicateur d'opérer, en application de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, certaines corrections et rectifications dans les offres vise uniquement à lui permettre d'en opérer une comparaison effective, dans le respect de l'égalité des soumissionnaires, malgré les oublis et erreurs

matérielles ou mathématiques facilement rectifiables qu'elles peuvent contenir. L'exercice de cette faculté ne peut être confondue avec la vérification des prix visée aux articles 33 et 35 précités.

La partie adverse ne peut pas non plus être suivie lorsqu'elle affirme qu'elle n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation en ne vérifiant pas le prix global de l'offre concernée, la différence de prix entre l'offre de la requérante et celle de l'attributaire du marché étant seulement de 4,5 %. Le moyen fait en effet grief à la partie adverse de ne pas avoir effectué la vérification des prix globaux des offres sélectionnées ; il ne met dès lors pas en cause le pouvoir d'appréciation dont elle aurait disposé si elle avait effectué une telle vérification.

En n'effectuant pas une vérification du prix global de l'offre déposée par les soumissionnaires sélectionnés, la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen.

Le moyen est fondé.

IV. Autres moyens

Il n'y a pas lieu d'examiner les autres moyens qui, à les supposer également fondés, ne pourraient entraîner une annulation plus étendue de l'acte attaqué.

V. Confidentialité

La partie adverse et la requérante en intervention demandent que les trois offres déposées par la partie adverse demeurent confidentielles.

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

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure liquidée dans le dernier mémoire à la somme de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

L'annulation de l'acte attaqué justifie par ailleurs que les autres dépens soient mis à charge de la partie adverse.

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

Article 1^{er}.

La décision d'attribution du 19 juin 2019 du Chef de la Division Marchés publics de la Direction Générale *Material Resources* de la Défense attribuant à la SRL « Société Européenne de travaux » le lot 2 de l' « adjudication ouverte pour la conclusion, 2019 au 31 décembre 2020, d'un ou plusieurs (2 lots) accords-cadres travaux à bordereaux de prix avec un adjudicataire pour l'exécution de travaux d'entretien, de réparations, d'adaptations restreintes à l'infrastructure routière dans les quartiers et domaine militaires de la Défense, [...] lot 2 : Florennes », est annulée.

Article 2.

La partie adverse 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 requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 29 février 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

Imre Kovalovszky,	président de chambre,
	absent à la signature, légitimement empêché,
David De Roy,	conseiller d'État,
Xavier Close,	conseiller d'État,
Nathalie Roba,	greffière.

Monsieur Imre Kovalovszky, précité, a participé aux débats et au délibéré mais se trouve dans l'impossibilité de signer le présent arrêt. Il est donc fait application de l'article 55, alinéa 2, du règlement d'ordre intérieur du Conseil d'État du 18 février 2020 tel qu'approuvé par l'arrêté royal du 7 juillet 2020.

La Greffière,	Le Conseiller d'État,	Le Président f.f.,
---------------	-----------------------	--------------------

Nathalie Roba

Xavier Close

David De Roy