

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

n° 261.635 du 3 décembre 2024

A. 243.440/VI-23.195

En cause : **la société anonyme ENTREPRISE
MARCEL BAGUETTE,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Bernard de COCQUEAU et
François PAULUS, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège,

contre :

la commune de Baelen,
représentée par son collègue communal,
ayant élu domicile chez
M^{es} Eric LEMMENS et
Elisabeth KIEHL, avocats,
boulevard de la Sauvenière 68/2
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 12 novembre 2024, la partie requérante demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision d'attribution adoptée par la commune de BAELEN le 17 octobre 2024, dont elle a été informée par courrier recommandé envoyé le 30 octobre 2024, par laquelle la commune de BAELEN a décidé d'attribuer le marché "Accord-cadre 2024-2028 'Entretien des voiries'" à la SRL PIERRE FRERE ET FILS pour le montant d'offre contrôlé de 442.600,20 EUR TVAC » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 12 novembre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 28 novembre 2024.

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

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

M^{me} Michèle Belmessieri, conseillère d'État, présidente f.f., a exposé son rapport.

M^e François Paulus, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Elisabeth Kiehl, avocate, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Esther Rombaux, 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. Faits utiles à l'examen de la demande

Le 25 juin 2024, le conseil communal de la partie adverse décide d'approuver les conditions, le montant estimé et la procédure de passation d'un marché public de travaux relatif à l'entretien des voiries, prenant la forme d'un accord-cadre.

L'avis de ce marché est publié, le 16 août 2024, au Bulletin des Adjudications.

Le marché est régi par le cahier des charges n° 2024-010 « Accord-cadre entretien des voiries – marché de travaux ». L'objet du marché y est décrit comme il suit :

« 2. Objet du marché et description des travaux

Objet des travaux : Accord-cadre entretien des voiries.

L'entreprise a pour objet l'amélioration de voiries et le renouvellement général de revêtements de chaussées et des zones piétonnes en produits hydrocarbonés, pavés et éléments linéaires.

L'objet comprend aussi divers travaux d'égouttage et de marquages routiers.

Ces travaux d'entretien et de réfection sont à exécuter ponctuellement à différents moments et en des lieux divers de la commune de Baelen. Même si la réalisation de travaux plus importants n'est pas exclue dans le cadre du marché, il s'agit principalement d'exécuter des travaux sur de petites surfaces. Les travaux sont commandés et réalisés au fur et à mesure des besoins.

Le marché peut être reconduit tacitement 3 fois.

Les postes et les quantités présumées repris dans l'annexe "métré" ont uniquement pour but de comparer les prix. Le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de fixer les quantités (présumées) pour chaque poste de l'entreprise.

Le montant total des commandes passées dans le cadre de ce marché sera limité à la somme de 100.000€ TVAC/an.

Les travaux à réaliser sont notamment :

- raclage d'anciens revêtements ;
- reprofilage de chaussées existantes au moyen d'enrobés hydrocarbonés ;
- traitement de surface au moyen d'enduits superficiels ;
- travaux de terrassement, de réalisation de fondations, de pose d'éléments linéaires et de reprise des eaux de surface ;
- démontage de revêtements en pavés ;
- exécution de pavages ;
- petits travaux d'égouttage et de pose d'éléments de reprise des eaux de surface ;
- fourniture et placement de tous systèmes et accessoires utiles au renouvellement des revêtements de chaussées et à l'amélioration des voiries prévus au bordereau ;
- etc.

Pour les postes éventuellement non prévus au bordereau, exécution moyennant prix à débattre avec l'entrepreneur désigné.

Commentaires :

L'attention de l'entrepreneur est attirée sur le fait que le présent marché constitue un marché "stock". Les quantités qui seront commandées pour les différents postes sont donc indéterminées au moment de l'offre, les commandes peuvent être très variables d'année en année.

[...] »

La procédure d'attribution est la procédure ouverte.

Le seul critère d'attribution est celui du prix.

À l'ouverture des offres, les cinq soumissionnaires suivants ont remis offre :

2. Offres. 5 entreprises ont remis une offre :

n°	Nom	CP	Localité/Ville	Prix TVAC (comprenant les reconductions)	Mode d'envoi
1	Bodarwe sa	4960	Malmedy	552.184,96 €	Electronique
2	Baguette Marcel sa	4890	Thimister-Clermont	534.583,60 €	Electronique
3	Entreprises Lambry sa	5580	Rocheftort	583.324,56 €	Electronique
4	Nelles Frères sa	4960	Malmedy	598.610,80 €	Electronique
5	Pierre Frère et Fils sprl	4041	Milmort	442.600,20 €	Electronique

Lors de l'examen des offres, la partie adverse a constaté, dans l'offre de la SRL Pierre Frère et Fils, des prix unitaires apparemment anormalement hauts pour les postes 73 et 74 et de prix unitaires apparemment anormalement bas pour les postes 83, 84, 85 et 121. Elle a, en conséquence, sollicité des justifications de prix pour ces postes.

Par ailleurs, le prix global de l'offre de la SRL Pierre Frère et Fils s'est écarté de plus de 20 % en-dessous de la moyenne des offres.

Par une décision du collège communal du 17 octobre 2024, la partie adverse attribue le marché litigieux à la SRL Pierre Frère et Fils.

Il s'agit de l'acte attaqué.

L'offre de la partie requérante est classée en deuxième position.

Par courrier recommandé envoyé le 30 octobre 2024, la décision d'attribution est communiquée à la partie requérante.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

Le premier moyen est pris de la violation des articles 35, 36, §§ 1^{er} à 3, et 76, §§ 1^{er} et 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, du principe de bonne administration, du principe de l'égalité entre les soumissionnaires et de ses corollaires, le principe de transparence et de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 4, 8°, et 5, 9°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

Le résumé du moyen établi par la partie requérante conformément à l'article 2, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté du régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, se présente comme il suit :

- « Au travers de la première branche de ce premier moyen, la requérante soutient que les justifications de prix transmises par la société PIERRE FRERE pour les postes 83, 84 et 85 ne sont pas admissibles et révèlent également une impossibilité de comparer les offres.

En application des articles 36, § 3, et 76, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, la Commune de BAELEN n'avait dès lors d'autre choix que d'écarter l'offre de la société PIERRE FRERE pour irrégularité substantielle.

Dans une deuxième branche, la SA BAGUETTE souligne qu'en tout état de cause, la motivation de la Commune de BAELEN quant au caractère acceptable des justifications de prix transmises par la société PIERRE FRERE est inadéquate, et ce, en violation notamment avec les articles 4, 8°, et 5, 9°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics ».

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse résume sa position comme il suit :

- « En réponse à la première branche du moyen, la partie adverse précise avoir procédé à la vérification des prix unitaires. Elle estime que les justifications de prix transmises par l'attributaire pour les postes 83, 84 et 85 sont parfaitement admissibles et qu'elle a pu comparer les offres reçues. Aucune erreur factuelle ni aucune erreur manifeste d'appréciation ne sont démontrées en la matière.

L'offre de l'attributaire n'était donc pas affectée d'une irrégularité substantielle et elle ne pouvait pas être écartée.

En réponse à la seconde branche du moyen, la partie adverse confirme que la motivation de la décision adoptée est pertinente, adéquate et légalement admissible au regard de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

Le raisonnement tenu est exposé et compréhensible. La partie adverse conteste toute contradiction et elle rappelle qu'elle n'avait pas à exposer en outre les motifs de ses motifs en ce qui concerne la vérification des prix ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans l'examen des justifications de prix suspectés d'être anormaux, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à la question de savoir si un prix doit, ou non, être considéré comme anormal. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur. Il revient toutefois au Conseil d'État de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision du

pouvoir adjudicateur et de censurer, dans le chef de ce dernier, une appréciation manifestement déraisonnable.

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

En l'espèce, la partie adverse a considéré que le prix unitaire de la partie requérante pour le poste 85 du métré récapitulatif et les prix unitaires de la SRL Pierre Frère et Fils pour les postes 83, 84 et 85, relatifs à des traitements de surfaces par enduit superficiel au bitume, étaient apparemment anormalement bas. Il ressort du rapport d'examen des offres que le prix unitaire de la partie requérante pour le poste 85 était 15,11 % plus bas que la moyenne des prix pour ce poste, et que les écarts des prix unitaires de la SRL Pierre Frère et Fils pour les postes 83, 84 et 85 par rapport à la moyenne des prix étaient respectivement de 73,52 %, 74,03 % et 74,13%.

La partie adverse a interrogé la partie requérante et la SRL Pierre Frère et Fils sur ces prix suspectés d'anormalité.

Elle a ensuite accepté les justifications fournies par la SRL Pierre Frère et Fils aux termes de la motivation suivante, exprimée dans le rapport d'examen des offres :

« Entreprise Pierre Frère

Donne un justificatif des prix unitaires des postes d'enduisage (83, 84 et 85) basé sur l'offre de son sous-traitant, majorée d'une marge bénéficiaire de +/- 5%. Le soumissionnaire a calculé les PU de ces postes sur base d'une offre établie pour la réalisation de 1.000m² d'enduisage, alors que le métré indique une surface en QP de 100m². Il faut ici considérer que ce calcul est normal, puisque ce type de travail d'enduisage ne se fait en pratique pas sur des surfaces aussi réduites que celle mentionnée au métré. On rappellera que les QP du métré sont totalement fictives et n'ont d'autre utilité que de permettre la comparaison des offres.

Ceci est d'ailleurs précisé comme suit au point 2. de la partie 1. "Généralités du Cahier spécial des charges" :

“ Les postes et les quantités présumées repris dans l'annexe 'métré' ont uniquement pour but de comparer les prix.

Le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de fixer les quantités (présumées) pour chaque poste de l'entreprise”.

Il ressort de cet extrait que la partie adverse a accepté la justification de prix fournie par la SRL Pierre Frère et Fils, selon laquelle celle-ci a établi les prix unitaires pour les postes 83, 84 et 85 du métré récapitulatif sur la base d'une offre d'un sous-traitant « établie pour la réalisation de 1.000 m² d'enduisage, alors que le métré indique une surface en QP de 100 m² ».

Le dossier administratif confidentiel révèle que l'offre du sous-traitant de la SRL Frère et Fils pour les postes 83, 84 et 85 du métré est effectivement fondée sur des quantités présumées de 1.000 m² au lieu de 100 m².

En vertu de l'article 2, 4°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dans un marché à bordereau de prix, les prix unitaires des différents postes sont forfaitaires et les quantités, pour autant que des quantités soient déterminées pour les postes, sont présumées ou exprimées dans une fourchette. Les postes sont portés en compte sur la base des quantités effectivement commandées et mises en œuvre.

Les quantités présumées dans un métré récapitulatif servent à permettre aux soumissionnaires d'établir des prix unitaires forfaitaires qui sont comparables au moment de l'attribution du marché. La comparabilité des prix unitaires des postes n'est donc assurée que si les soumissionnaires calculent ces prix sur la base des quantités présumées exprimées dans le métré récapitulatif.

Contrairement à ce que soutient la partie adverse, des prix unitaires établis sur la base de quantités présumées différentes ne sont pas comparables, même en appliquant une règle de calcul proportionnel, puisqu'un prix unitaire devient en principe proportionnellement plus bas, plus la quantité présumée est élevée. La partie adverse ne peut pas non plus être suivie lorsqu'elle considère qu'il appartiendrait à la partie requérante de démontrer l'incidence réelle de la modification des quantités présumées sur les prix unitaires. Comme il vient d'être exposé, une modification des quantités présumées par un soumissionnaire (ou par le sous-traitant de celui-ci) est en soi de nature à altérer la comparabilité des prix unitaires y relatifs. Enfin, c'est en vain que la partie adverse fait valoir, en se fondant sur un extrait de la « bibliothèque des prix 3 P », que les prix unitaires de l'attributaire pour les postes 83, 84 et 85 sont normaux, alors que celui de la partie requérante pour le poste 85 serait anormalement élevé. Non seulement, la partie adverse n'a pas considéré dans la décision d'attribution que le prix unitaire de la partie requérante pour le poste 85 était anormalement élevé, et il ne ressort pas du dossier administratif que cette bibliothèque des prix aurait été prise en compte par la partie adverse dans l'appréciation de la justification des prix de la SRL Pierre Frère et Fils. Mais encore, cet extrait ne change pas le fait qu'un prix unitaire d'un

soumissionnaire établi sur la base de quantités présumées autres que celles exprimées dans le métré ne permet pas de comparer ce prix à ceux des soumissionnaires qui ont respecté ces quantités présumées.

Dès lors, sans qu'il ne soit nécessaire de trancher la question de savoir si une justification de prix par laquelle un soumissionnaire renvoie à l'offre d'un sous-traitant est suffisante, il y a lieu de constater que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant comme normaux les prix unitaires de la SRL Pierre Frère et Fils pour les postes 83, 84 et 85 du métré alors que ce soumissionnaire les a établis sur la base de l'offre d'un sous-traitant qui n'a pas respecté les quantités présumées pour ces postes, ce qui a affecté la comparabilité de ces prix unitaires avec ceux des autres soumissionnaires.

La circonstance, invoquée par la partie adverse, qu'elle avait sous-estimé les quantités présumées dans le métré pour ces postes, ce dont la partie requérante aurait dû s'apercevoir en tant professionnelle du secteur, n'est pas de nature à modifier ce constat. En effet, il appartient au pouvoir adjudicateur, et non aux soumissionnaires au moment de l'établissement de leurs offres, de déterminer les quantités présumées d'un métré selon les besoins – présumées – du pouvoir adjudicateur. Il est indifférent à cet égard que ces quantités ne correspondront éventuellement pas aux besoins réels du pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire aux quantités qui seront effectivement commandées par lui au cours de l'exécution du marché. Enfin, permettre à chaque soumissionnaire de modifier les quantités présumées du métré selon ses propres conceptions des besoins du pouvoir adjudicateur reviendrait à permettre aux soumissionnaires de modifier à leur guise la base de comparaison de leurs offres et donc à rendre la comparaison de celles-ci impossible.

La motivation contenue dans le rapport d'examen des offres, qui témoigne de l'erreur manifeste d'appréciation commise par la partie adverse, n'est pas adéquate.

En conséquence, le premier moyen, en ses première et seconde branches, est sérieux.

V. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VI. Confidentialité

La partie requérante demande que son offre, qu'elle dépose en pièce 4 de son dossier, demeure confidentielle de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises. Elle formule la même demande concernant les courriers datés des 17 et 24 septembre 2024 relatifs aux justificatifs de prix, lesquels contiennent la mention de certains prix qu'elle a proposés (pièces 5 et 6 de son dossier).

La partie adverse sollicite, quant-à-elle, que l'ensemble des offres versées au dossier administratif, de même que les documents évoquant les prix unitaires des différents soumissionnaires, demeurent confidentiels. Il s'agit des pièces 3 à 11 et 13 du dossier administratif.

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision de la commune de Baelen du 17 octobre 2024, par laquelle elle attribue le marché « Accord-cadre 2024-2028 "Entretien des voiries" » à la SRL Pierre Frère et fils, est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 4 à 6 du dossier de la requérante et les pièces 3 à 11 et 13 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 3 décembre 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Michèle Belmessieri,	conseillère d'État, présidente f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,

La Présidente,

Vincent Durieux

Michèle Belmessieri