

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

n° 261.804 du 18 décembre 2024

A. 243.522/VI-23.205

En cause : **la société anonyme LOUIS DE WAELE CONSTRUCTION**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Renaud SIMAR et Margaux DE GREEF, avocats,
rue de la Régence 58 bte 8
1000 Bruxelles,

contre :

la société à responsabilité limitée
Toit & moi, immobilière sociale de la région montoise
(en abrégé, « la SRL T&M »),
ayant élu domicile chez
M^{es} Marie-Cécile FLAMENT et Gauthier ERVYN, avocats,
avenue Herrmann-Debroux, 40
1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 22 novembre 2024, la partie requérante demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « la décision du 13 septembre 2024, et communiquée à la partie requérante par envoi recommandé et email daté du 7 novembre 2024, prise par la SRL T&M, par laquelle :
 - le marché public de travaux régi par le Cahier spécial des charges n° SWL 125.794 ayant pour objet les "travaux de rénovation énergétique de 69 logements en site occupé allée des Noisetiers, Allée des Pins, Allée des Saules à Mons" est attribué à SA Lixon et,
 - l'offre de la SA Louis De Waele construction est déclarée nulle »

et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 novembre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 5 décembre 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. Aurélien Vandeburie, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Mathieu Thomas, *loco* M^e Renaud Simar, et Margaux De Greef, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Marie-Cécile Flament et Gauthier Ervyn, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, premier 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

1. Par un avis de marché du 5 mars 2024 publié au Bulletin des Adjudications, la SRL T&M lance un marché public de travaux ayant pour objet les « travaux de rénovation énergétique de 69 logements en site occupé allée des Noisetiers, Allée des Pins, Allée des Saules à Mons ».

Le marché est régi par le cahier spécial des charges référencé SWL 125.794.

Le montant estimé du marché est de 4.658.275 euros HTVA.

Le mode de passation choisi est la procédure ouverte.

Les critères d'attribution sont au nombre de deux :

- Le montant global du métré TVA comprise (autrement dit, le « prix ») ;
- La méthodologie de gestion du chantier en site occupé, en ce compris planning, phasage et délais d'exécution.

2. Quatre offres sont déposées, dont celle de la partie requérante.

3. Par un courrier du 15 mai 2024, la partie adverse écrit à la partie requérante et lui demande, dans le cadre de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016, de lui fournir, par écrit, toutes informations relatives à la composition du prix unitaire du poste 24.21.1b. 01, « structure à ossature bois – CLS 38*89 mm – Parois verticales extension – structure bois uniquement ».

La partie requérante adresse une réponse à la partie adverse par courrier du 22 mai 2024.

4. Par un courrier du 18 juin 2024, la partie adverse écrit à la partie requérante et lui demande, dans le cadre de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, de lui fournir par écrit les justifications nécessaires relatives à la composition du prix unitaire pour le poste 24.21.1b.01.

La partie requérante adresse une réponse à la partie adverse par courrier du 1^{er} juillet 2024.

5. Le 2 septembre 2024, un rapport d'analyse des offres relatif au marché litigieux est établi par les services de la partie adverse.

Ce rapport d'analyse des offres examine, après avoir exposé la méthodologie retenue dans le cadre de la vérification des prix et des coûts, les justifications de prix adressées par les trois soumissionnaires questionnés pour des prix qui semblaient anormalement bas, dont la partie requérante. Le rapport identifie dans ce cadre les raisons pour lesquelles ses auteurs ont estimé que la justification remise par la partie requérante ne permet pas de lever la présomption d'anormalité du prix du poste 24.21.1b.01.

6. À la suite de ce rapport, l'organe d'administration de la partie adverse décide, le 13 septembre 2024, « conformément au rapport d'analyse repris en annexe pour faire partie intégrante de la présente décision », ce qu'il suit :

- De sélectionner tous les soumissionnaires ;
- De considérer nulle l'offre du soumissionnaire LOUIS DE WAELE CONSTRUCTION en vertu de l'article 76§3 de l'A.R. DU 18/04/2017
- De considérer les offres des soumissionnaires LIXON SA, ETABLISSEMENTS JEAN WUST, ENTREPRISES REUNIES R. DE COCK comme conformes et régulières ;
- D'attribuer le marché de travaux « Rénovation de 69 logements sociaux : allée des Noisetiers, allée des Saules à 7000 Mons » au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse soit LIXON SA (BCE 0401.722.926 – Quai de la Darse 14 à 6000 Charleroi) pour le montant global d'offre de 5.225.639,31€ hors tva ou 5.543.466,17€ tva comprise ;
 - Le montant global de commande de travaux est de 5.197.049,31€ hors tva ou 5.508.872,27€ 6% de tva comprise
 - Le montant de la clause sociale est de 28.590€ hors tva ou 34.593,90€ 21% de tva comprise
 - Le montant global de commande est de 5.225.639,31€ hors tva ou 5.543.466,17€ tva comprise

L'attribution du marché est de 5.225.639,31€ hors tva

- De financer cette dépense via le financement alloué par Plan de rénovation du logement public 2020-2024 soit 4.140.000 € (subside à 75 %) et de financer les dépassements sous forme d'un emprunt à taux zéro pour le montant de 1.380.000€, et le dépassement sera financé par une avance SWL.
- L'exécution sera conforme au cahier spécial des charges T/21/0506 ;

7. Par courrier recommandé et mail daté du 7 novembre 2024, la partie adverse informe la partie requérante de la décision du 13 septembre 2024. La partie requérante reçoit l'information suivante :

« Conformément à l'article 8, 11 et 30 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 à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, nous vous informons que le marché précité a été attribué à la société LIXON. Vous trouverez ci-dessous l'extrait de la décision de l'Organe d'administration du 13 septembre vous concernant :
 "Considérant que l'offre du soumissionnaire LOUIS DE WAELE CONSTRUCTION est déclarée nulle par le pouvoir adjudicateur en vertu de l'article 76§3 de l'A.R. du 18/04/2017, la justification remise pour le poste '24.21.1b.01 : Structure à ossature bois - CLS 38×89 mm - Parois verticales extension - structure bois uniquement' ne permet pas de lever la présomption d'anormalité de prix sur ce poste dont la qualité de réalisation est essentielle pour assurer la stabilité et la pérennité du bâtiment. Dès lors, le prix remis affecte l'offre d'une irrégularité substantielle au regard de l'article 76 §1^{er} de l'A.R. du 18/04/2017" ».

Ce courrier se poursuit par l'indication des voies de recours.

8. Par courriel du 12 novembre 2024, la partie requérante demande à la partie adverse de bien vouloir lui transmettre le rapport complet d'analyse des offres.

9. Par courriel du 13 novembre 2024, la partie adverse répond à la partie requérante ce qu'il suit :

« Les informations transmises au courrier référencé sont conformes à la législation du 17 juin 2013.
 Je peux toutefois vous transmettre ci-dessous plus de détails concernant la décision d'irrégularité, extrait du rapport d'analyse.

“ VERIFICATION DES PRIX ET DES COUTS DE L’OFFRE - art. 35 et 36

L’application de l’article 36§4 de l’AR du 18.04.2017 n’est pas d’application.

La vérification des prix et des coûts a été effectuée conformément à l’article 35 de l’AR. du 18.04.2017.

Afin que l’analyse soit réaliste et limitée aux éléments majeurs, l’analyse en profondeur a eu lieu sur les postes s’éloignant de plus de 25% de la moyenne des postes des 4 offres, dont le prix a une incidence non négligeable sur le marché et/ou une incidence non négligeable sur la sécurité.

L’auteur de projet a considéré que les postes dont le prix a une incidence non négligeable sur le marché sont les postes qui sur la moyenne des 4 offres représentent au minimum 2% du montant global moyen des 4 offres.

Les postes ayant une incidence non négligeable sur la sécurité sont les postes qui peuvent nuire à la sécurité du bâtiment et des personnes tout au long de sa vie (exemple : un moyen de fixation ou tout autre élément pouvant engendrer des problèmes de stabilité ou risque de chute, des éléments liés à l’utilisation du gaz comme les conduites enterrées, les raccords, des éléments électriques...).

L’auteur de projet n’a pas souhaité questionner sur les postes suivants :

- Le Poste 04.91.1a.01 installation globale de chantier. Ce poste est toujours très variable d’un soumissionnaire à l’autre car il dépend beaucoup de la manière dont les entreprises répartissent leur prix.
- Poste 06.24.9a.01 : Le prix unitaire remis par Lixon ne présente pas d’anormalité, il reste cohérent avec les prix du marché et notre prix estimé (17€). Il apparaît en prix anormalement bas dans le tableau de comparaison des prix car le prix remis par Wust est fort haut et tire la moyenne des PU vers le haut.
- Poste 43.24 6a.01 : Lattage + contre-lattage. Le prix unitaire remis par De Cock ne présente pas d’anormalité, il reste cohérent avec les prix du marché et notre prix estimé (39€). Il apparaît en prix anormalement bas dans le tableau de comparaison des prix car le prix remis par Lixon est fort haut et tire la moyenne des PU vers le haut

L’adjudicateur valide le principe de vérification.

LOUIS DE WAELE CONSTRUCTION sa - Questionnement sur le poste :

24.21.1b.01: Structure à ossature bois - CLS 38*89 mm - Parois verticales extension - structure bois uniquement

> Le courrier de questionnement a été envoyé le 15/05/2024. Le soumissionnaire y a répondu par courrier et par mail en date du 22/05/2024. Le soumissionnaire a justifié les prix unitaires remis en les décomposant comme suit :

- Fourniture
- Main d’œuvre

Sur le prix de revient, le soumissionnaire a ajouté 8% de frais généraux & bénéfices (y compris frais d’assurance et financier).

Dans sa justification, le soumissionnaire indique un total de 54,12 heures de travail pour l'entièreté du poste.

En outre, le taux horaire appliqué est correct

Le soumissionnaire a été questionné en date du 18/06/2024 conformément à l'article 36 pour qu'il justifie son prix.

Le soumissionnaire a répondu en date du 01/07/2024.

Dans son deuxième courrier, le temps global de 54,12 heures pour la réalisation de l'entièreté du poste a été scindé selon les différentes étapes de fabrication :

- Préparation et dépoussiérage du support ;
- Fabrication des cadres ;
- Transport ;
- Pose et fixation avec un engin de levage ;
- Nettoyage et évacuation des déchets.

Pour la fabrication des cadres en atelier, 32,47 heures sont prévues pour 52 éléments distincts (autant d'éléments que d'annexes, chaque élément comprenant plusieurs pans de mur) ; ceci correspond à 37,5 minutes par annexe. Malgré une fabrication en atelier où les conditions de travail sont constantes et rendues efficaces par une organisation interne, ce temps nous apparaît comme extrêmement court.

En outre, pour la pose et les fixations du cadre à l'aide d'un engin de levage sur les habitations existantes, le temps est de 21,65 heures. Ce temps correspond à moins de 25 minutes par annexe. Bien que le prix de l'engin de levage et l'opérateur soient inclus dans l'installation de chantier ; le temps particulièrement court pour réaliser des éléments aussi particuliers (extension d'annexe en ossature bois pour des maisons individuelles en site occupé) et couplé à un taux horaire bas (tout le moins le plus bas des trois soumissionnaires interrogés) de 40€/heures nous contraint à déclarer que le prix unitaire du poste 24.21.1b.01 n'est pas réalisable pour le montant déclaré par le soumissionnaire. En effet, le prix particulièrement bas vis-à-vis du travail à réaliser et comparativement aux autres valeurs remises par les soumissionnaires concurrents ne peut conduire, selon nous ; soit à un poste réalisé en perte financière ou soit une grosse diminution de qualité de fabrication et d'exécution résultant du temps imparti et justifié par le soumissionnaire pour correspondre à son prix de revient.

La justification remise ne permet pas de lever la présomption d'anormalité de prix sur ce poste dont la qualité de réalisation est essentielle pour assurer la stabilité et la pérennité du bâtiment. Dès lors, le prix remis affecte l'offre d'une irrégularité substantielle au regard de l'article 76§1er de l'A.R. du 18/04/2017. Par conséquent, et au vu de la nature de cette irrégularité, l'offre est déclarée nulle par le pouvoir adjudicateur en vertu de l'article 76§3 de l'A.R. du 18/04/2017 ».

IV. Recevabilité de la demande de suspension

IV.1. Thèses des parties

La partie requérante expose qu'elle a intérêt à demander la suspension et l'annulation de l'acte attaqué dès lors qu'en l'absence d'irrégularités commises par la partie adverse au stade de la vérification et de l'examen des prix potentiellement anormaux, elle aurait eu une chance de remporter le marché litigieux. Elle soutient, en outre, jurisprudence à l'appui, qu'en principe, un soumissionnaire régulier a intérêt à faire contrôler la régularité de la procédure qui attribue le marché à un concurrent, quel que soit le classement de la soumission ; qu'en effet ce contrôle est susceptible de lui procurer à tout le moins une nouvelle chance de se voir adjuger le marché convoité.

La partie adverse rappelle le contenu des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. Elle fait valoir que l'intérêt au recours n'est pas démontré à suffisance par le fait que la partie requérante a eu un intérêt à obtenir le marché litigieux et que, pour être recevable, le recours doit, en outre, soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé la requérante ou risquant de la léser. Elle renvoie à plusieurs arrêts du Conseil d'État confirmant, selon elle, que la recevabilité du recours est subordonnée à l'existence d'une lésion causée par l'illégalité alléguée. Elle fait valoir qu'en l'espèce, la partie requérante critique la décision qui a déclaré son offre nulle et l'a écartée du marché. Elle affirme que, selon le cahier des charges, deux critères sont retenus pour évaluer les offres : le prix qui vaut pour 60 % des points et la méthodologie de gestion du chantier en site occupé, en ce compris planning, phasage et délai d'exécution qui vaut pour 40 % des points. Le prix a donc une importance prépondérante par rapport à la méthodologie. Le soumissionnaire qui remet l'offre la moins chère obtient la cote maximale pour le critère du prix, soit 60 points et la cote des autres soumissionnaires étant calculées *au pro rata* du montant de leur offre. Elle relève qu'en l'espèce, le rapport d'analyse révèle que sur les quatre soumissionnaires ayant remis une offre, le prix global de l'offre de la partie requérante est le troisième plus cher, derrière celui remis par les entreprises Lixon, l'adjudicataire, et les entreprises DeCock, classé deuxième. Elle en déduit que même à supposer que la partie requérante obtienne une cote maximale pour le deuxième critère qu'est la méthodologie, elle ne saurait être classée en ordre utile, soit la première, pour obtenir le marché. Or, les échanges de mails entre la SRL T&M et l'auteur de projet au cours de la vérification des offres et des prix et l'application des deux critères de « sélection » confirmeraient que la partie requérante n'a pas obtenu la note maximale pour le critère n° 2. Il en résulterait,

selon elle, que la partie requérante ne pourrait d'aucune manière obtenir le marché, face à deux autres soumissionnaires qui ont remis une offre moins chère que la sienne. Les moyens soulevés qui ne critiquent pas les offres des autres soumissionnaires ne sauraient justifier la lésion d'un intérêt. Par conséquent, il n'existe aucun risque de léser la partie requérante. La demande de suspension et d'annulation est irrecevable.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15 de 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 dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante.

L'intérêt au recours n'est pas établi par le seul fait que la partie requérante a ou a eu un intérêt à obtenir le marché parce qu'elle a déposé offre pour celui-ci. Pour être recevable, le recours doit, en outre, soulever au moins un moyen fondé sur une violation « ayant lésé » ou « risquant de léser » la partie requérante.

La partie requérante fait valoir, dans le premier moyen, que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en écartant les justifications qu'elle a fournies concernant le poste précité. Dans le second, elle soutient, dans une première branche, que la décision initiale de la partie adverse, reprise dans la communication du 7 novembre 2024, manque de motivation suffisante, car elle ne détaille pas les raisons pour lesquelles l'offre a été jugée irrégulière en raison de prix anormaux, les éléments de motivation ayant été partiellement fournis le 13 novembre 2024, à sa demande. Dans une deuxième branche, elle conteste la décision d'écarter son offre en raison du caractère « non négligeable » du poste en cause. Selon elle, la motivation de la partie adverse serait manifestement insuffisante car elle manque d'explications concernant la méthodologie de la qualification du poste litigieux comme non négligeable. Elle indique également que l'application des critères serait incohérente car des postes similaires n'ont pas été analysés de la même manière.

Il est exact qu'il ressort du rapport d'analyse des offres, qui fait partie intégrante de l'acte attaqué, que le prix remis par la partie requérante est supérieur à celui de l'attributaire et de la société R. De Cock. Il ressort également du dossier

administratif que même à supposer que la partie requérante obtienne le maximum de points pour le second critère d'attribution, elle ne pourrait, à ce stade, être classée en première position, compte tenu de la méthode de cotation du critère « prix » et de sa pondération.

Cela étant, les griefs exprimés sous la seconde branche du second moyen sont susceptibles de rejaillir sur l'appréciation des offres de tous les soumissionnaires dès lors qu'ils portent sur la vérification des prix. La partie requérante y critique en effet notamment la méthodologie relative à la définition du caractère négligeable ou non des postes pour lesquels des justifications ont été ou non sollicitées, à tout le moins la motivation relative à cette méthodologie, et soulève des incohérences dans l'application des critères définis par la partie adverse dans ce cadre. À ce stade, il ne peut donc être exclu que la violation alléguée est de nature à impacter l'évaluation de la régularité des autres offres.

Dans ces circonstances, les violations invoquées à l'appui de la seconde branche du second moyen ont pu léser ou risquer de léser la partie requérante

La demande de suspension est recevable.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un deuxième moyen de la violation « des articles 10 et 11 de la Constitution ; des articles 4 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; des articles 4 et 5, 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 ; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ; du devoir de minutie et notamment de la vérification des faits pris en considération ; de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Elle divise son moyen en deux branches.

Dans sa première branche, la partie requérante critique l'insuffisance de la motivation de la décision du 13 septembre 2024 reprise dans le courrier du 7 novembre 2024. Selon elle, la décision initiale de l'adjudicateur, reprise dans la communication du 7 novembre, manque de motivation suffisante, car elle ne détaille

pas les raisons pour lesquelles l'offre a été jugée irrégulière en raison de prix anormaux. Ce n'est qu'après demande de la partie requérante que des éléments de motivation ont été partiellement fournis le 13 novembre 2024.

Dans une seconde branche, la partie requérante conteste la décision d'écarter son offre en raison du caractère « non négligeable » d'un poste spécifique. La partie requérante estime qu'en l'espèce, la motivation de l'adjudicateur est manifestement insuffisante, car elle manque d'explications concernant la méthodologie de la qualification du poste litigieux comme non négligeable. La partie requérante souligne, de plus, que des postes similaires n'ont pas été analysés de la même manière, ce qui suggère une incohérence dans l'application des critères.

Elle développe cette seconde branche comme il suit :

« 43.L'article 36, §2, al.5 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques précise que, dans le cadre de l'examen des prix, l'adjudicateur n'est "pas tenu de demander des justifications des prix pour les postes négligeables".

Selon le Rapport au Roi relatif à l'arrêté royal précité, "il ne peut en effet être présumé que ceux-ci n'auront aucune influence, en raison de leur caractère négligeable".

Il est également précisé que "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)".

44. De la même façon que l'adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation pour décider de lancer la procédure d'examen des prix – hors présomption d'anormalité du montant de l'offre – et dans le cadre de l'appréciation des justificatifs de prix transmis par les soumissionnaires, celui-ci dispose d'un pouvoir d'appréciation quant au caractère négligeable ou non d'un poste.

45.Toutefois, la méthodologie sur laquelle se base le pouvoir adjudicateur pour déterminer le caractère négligeable ou non d'un poste, doit être motivée à suffisance et doit permettre de comprendre pourquoi des postes spécifiques ont été considérés comme négligeables.

Ainsi, comme le rappelle le Conseil d'État dans son arrêt n° 258.616 du 26 janvier 2024 "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".

Ainsi, selon la jurisprudence de votre Conseil, la motivation ne se limite pas à une simple mention d'un critère général. Elle doit fournir des éléments concrets et justifiés expliquant pourquoi un poste a été jugé significatif pour la réalisation du marché. En d'autres termes, la motivation doit répondre à une double exigence : d'une part, elle doit exposer les critères utilisés, et d'autre part, elle doit permettre au soumissionnaire d'exercer un recours éclairé en cas de contestation.

46.En définitive, le caractère négligeable d'un poste peut être apprécié *in casu* en fonction du montant du poste et du montant global avec la fixation d'un seuil de 1, 2 ou même 5%.

La fixation du pourcentage constitutif du seuil doit prendre en considération l'objet et la particularité du poste en cause en se référant à la nature dudit poste ainsi qu'au montant global du marché.

Un seuil ne doit pas être fixé arbitrairement, en faisant fi de l'impact concret du poste en cause dans l'exécution du marché, sous peine de commettre une erreur manifeste d'appréciation.

47.Même prenant en considération la décision d'écarter l'offre de la partie requérante, dans son ensemble, après la communication de l'extrait du rapport d'analyse des offres, celle-ci ne respecte pas l'exigence de motivation.

48.La motivation de la décision est incomplète, imprécise et inadéquate. En plus de ce qui a été soulevé concernant la fixation des critères afin de déterminer les postes négligeables, il doit être relevé que le taux horaire jugé "correct" dans un premier temps a ensuite été considéré comme "bas", sans qu'il soit expliqué en quoi cela rendrait l'exécution irréalisable.

La motivation de l'acte attaqué sur ce point semble, dès lors, incohérente.

49.En outre, la décision de la SRL T&M manque d'une estimation comparable pour le poste litigieux. Contrairement à d'autres postes où des comparaisons explicites ont été faites avec les estimations internes ou avec les prix des autres soumissionnaires, ici, aucune donnée similaire n'a été fournie. Cette absence d'informations comparatives empêche de s'assurer que l'écart de prix est réellement significatif ou qu'il résulte d'un manquement dans l'évaluation des coûts.

Il convient de noter que le poste litigieux représente seulement 0,149 % du montant total de l'offre (soit 8.910,14 € sur un total de 5.980.262,51 € HTVA), ce qui rend encore plus difficile de justifier l'écartement de l'offre en l'absence d'une analyse plus approfondie. Par ailleurs, selon la méthodologie du pouvoir adjudicateur, un poste ayant une incidence non négligeable sur le marché est celui qui représente au moins 2 % de la moyenne des 4 offres, mais cette moyenne n'a pas été fournie, rendant impossible la vérification de la validité de ce critère.

L'écartement de l'offre de la partie requérante sur cette base, relève de l'erreur manifeste d'appréciation.

50.Enfin, le pouvoir adjudicateur a validé des prix jugés "bas" pour certains postes, en tenant compte de la moyenne des offres, qui a été tirée vers le haut par des prix plus élevés. Cette approche, qui semble applicable à d'autres postes, n'a pas été appliquée de manière uniforme à tous les postes en question. En l'occurrence, pour le poste 24.21.1b.01, cette méthode de comparaison avec les autres offres n'a pas été utilisée, du moins, cela ne ressort pas de l'extrait du rapport d'analyse des offres. Au lieu de cela, l'offre de la partie requérante a été rejetée sans considérer l'effet des prix élevés d'autres soumissionnaires, qui auraient pu fausser la moyenne. Cette incohérence dans l'application des critères

d'évaluation et l'absence de prise en compte des autres offres soulignent une appréciation erronée du caractère réalisable du prix proposé pour ce poste.

En effet, l'extrait du rapport d'analyse des offres mentionne, concernant d'autres postes, que :

“Poste 06.24.9a.01 : Le prix unitaire remis par Lixon ne présente pas d'anormalité, il reste cohérent avec les prix du marché et notre prix estimé (17€). Il apparaît en prix anormalement bas dans le tableau de comparaison des prix car le prix remis par Wust est fort haut et tire la moyenne des PU vers le haut”.

“Poste 43.24 6a.01 : Lattage + contre-lattage. Le prix unitaire remis par De Cock ne présente pas d'anormalité, il reste cohérent avec les prix du marché et notre prix estimé (39€). Il apparaît en prix anormalement bas dans le tableau de comparaison des prix car le prix remis par Lixon est fort haut et tire la moyenne des PU vers le haut”.

51.La méthodologie du pouvoir adjudicateur repose, dans un premier temps, sur un seuil de 2 % du montant global moyen des offres pour qualifier un poste comme ayant une incidence non négligeable sur le marché. Cependant, cette approche présente plusieurs défauts.

Le choix du seuil de 2 % comme critère pour qualifier un poste de non négligeable n'a pas été justifié par la SRL T&M. La fixation d'un tel seuil doit reposer sur des critères précis et adaptés aux spécificités du marché ainsi qu'à la nature du poste concerné. En l'absence de justification claire concernant ce seuil, il est impossible pour un soumissionnaire de vérifier la validité de la méthode de qualification appliquée. Cette absence de transparence empêche toute évaluation objective du critère et prive la partie requérante des éléments nécessaires pour contester la décision.

Il est essentiel que la fixation du seuil prenne en compte l'objet du poste ainsi que ses spécificités techniques, en se référant à son impact réel sur l'exécution du marché. Un seuil fixé de manière arbitraire, sans tenir compte de ces facteurs, conduit à une appréciation erronée du poste.

52.La fixation de ce seuil, à la lecture de la motivation donnée, apparaît dès lors arbitraire, car aucune justification n'a été fournie sur les critères ou éléments pris en compte pour déterminer ce seuil de 2 %. En l'absence d'une explication suffisamment détaillée sur la base de laquelle ce seuil a été fixé, il est impossible de vérifier si ce dernier a été appliqué de manière objective et proportionnée.

53.L'extrait du rapport d'analyse des offres mentionne en outre que “les justifications du soumissionnaire ne permettent pas de renverser la présomption d'anormalité”.

La doctrine souligne que le recours à une présomption, telle que celle de l'anormalité d'un prix, peut être justifié dans certaines situations pour faciliter l'évaluation des offres. Toutefois, elle insiste sur le fait que cette présomption doit être clairement définie, contextualisée, et reposer sur des éléments concrets.

Dans le cas présent, la décision se borne à indiquer que les justifications du soumissionnaire “ne permettent pas de renverser la présomption d'anormalité”, sans fournir d'explications sur les critères ou éléments qui établissent cette présomption. Or, une présomption, pour être valide, ne peut se substituer à une analyse concrète des faits, mais doit être accompagnée d'une démonstration claire et détaillée des motifs justifiant son application.

54.Ensuite, le fait que l'analyse approfondie ne concerne que les postes s'éloignant de plus de 25 % de la moyenne des prix des 4 offres est insuffisant

pour établir la pertinence de ce critère. La motivation ne précise en aucun cas pourquoi un écart de 25 % a été retenu comme seuil pour qualifier un poste de non négligeable, ni en quoi ce seuil est adapté à la spécificité du marché ou aux exigences techniques des travaux. Un seuil doit être justifié en fonction des particularités du marché et de l'impact réel des postes sur l'exécution du projet. Le fait que ce seuil soit mentionné de manière générique, sans explication complémentaire, rend la méthode arbitraire et empêche tout contrôle de sa validité.

55. En outre, la méthodologie adoptée par la SRL T&M qui repose sur un seuil de 25 % afin de procéder à une analyse approfondie, n'a pas été appliquée au poste d'installation globale de chantier, en raison de la variabilité des prix constatée d'un soumissionnaire à l'autre. La SRL T&M considère que cette variabilité est propre à ce type de poste, où les coûts fluctuent en fonction de la manière dont chaque entreprise répartit ses prix.

Cependant, cette logique basée sur la variabilité des prix semble incohérente lorsque l'on considère le poste 24.21.1b.01 (ossature bois), qui, comme le poste d'installation globale de chantier, repose sur des quantités présumées. Le prix de ce poste peut également fluctuer en fonction de différents aléas, tels que des changements dans les quantités de matériaux nécessaires ou des imprévus lors de l'exécution des travaux. Pourtant, bien que ce poste soit également soumis à des variabilités et incertitudes, il n'a pas été traité de la même manière que l'installation globale de chantier. Ce manque d'uniformité dans l'application des critères soulève des questions sur la cohérence et la transparence du processus d'évaluation et la détermination de la méthodologie choisie afin de déterminer le caractère négligeable des postes.

56. La motivation mentionne également que les postes doivent avoir une incidence non négligeable sur le marché ou sur la sécurité, mais là encore, aucune explication détaillée n'est fournie pour démontrer comment ces critères ont été évalués.

Par exemple, pour le poste 24.21.1b.01 (ossature bois) qui concerne la stabilité et la sécurité du bâtiment, il n'est pas expliqué en quoi un prix plus bas pour ce poste aurait un impact négatif sur la sécurité ou la qualité des travaux. La partie requérante a souligné qu'elle est tout à fait apte à exécuter le marché selon ses exigences et sans moindre qualité, comme en attestent les références remises.

L'absence de lien clair entre l'importance technique du poste et le seuil financier retenu rend la qualification de ce poste comme non négligeable difficilement justifiable et incompréhensible.

57. Si le poste 24.21.1b.01 a été qualifié comme ayant une incidence sur la sécurité, d'autres postes présentant également des risques significatifs (par exemple, le désamiantage) n'ont pas été soumis à la même analyse. La motivation de la SRL T&M ne permet pas de comprendre pourquoi certains postes similaires dans leur nature ou leur impact sont soumis à des critères d'évaluation apparemment différents.

Le poste d'installation globale de chantier peut avoir des implications significatives sur la sécurité des travaux, en particulier dans le cadre de la mise en place d'équipements temporaires, de la gestion des accès au chantier, et de la protection des travailleurs.

Tel qu'expliqué dans le cahier spécial des charges, ce poste inclut non seulement des éléments essentiels pour l'organisation matérielle du chantier, mais aussi des équipements de sécurité pour les travailleurs, ainsi que des installations destinées à garantir les conditions de travail et à protéger les matériaux.

La partie requérante ne comprend dès lors pas pour quelles raisons la SRL T&M a estimé que “l’auteur de projet n’a pas souhaité questionner” sur ce poste, le considérant comme négligeable, contrairement à ce qui a été le cas pour le poste litigieux.

58.Au regard de ce qui précède, il apparaît pertinent de rappeler que, dans le cadre de l’examen de l’erreur manifeste d’appréciation, votre Conseil vérifie si l’adjudicateur n’a pas agi de manière manifestement déraisonnable.

En l’espèce, il est indubitable que la SRL T&M a fondé sa décision de qualifier le poste 24.21.1b.01 de “non négligeable” sur une méthodologie dénuée de logique, dont la cohérence et les motifs sous-jacents échappent à toute compréhension.

Ce faisant, elle a commis une erreur manifeste d’appréciation.

59.La jurisprudence de votre Conseil a admis des pourcentages de 1%, de 2% et même de 5%, de sorte que la simple évocation d’un pourcentage n’est pas en soi déterminante pour définir un poste comme “négligeable”.

Afin d’être valide, la SRL T&M doit, à tout le moins, expliciter le seuil choisi ainsi que les pourcentages au regard du marché concerné.

Raisonnement autrement permettrait à un pouvoir adjudicateur de fixer arbitrairement, sans justification particulière, un seuil selon ses intérêts, sans que les soumissionnaires ne puissent en avoir connaissance préalablement.

Le choix d’un seuil précis doit respecter les principes de transparence, de proportionnalité et de précaution, ce qui n’est, de tout évidence, pas le cas en l’espèce.

60.Au vu de ce qui précède, l’exigence de motivation n’est pas rencontrée en l’espèce concernant l’acte attaqué dans sa globalité, et la SRL T&M a commis une erreur manifeste d’appréciation en considérant anormaux les prix de la partie requérante ».

B. Note d’observations

La partie adverse soulève une exception d’irrecevabilité du moyen, au motif que la partie requérante n’expose pas en quoi certaines dispositions visées au moyen seraient spécifiquement méconnues.

Concernant la première branche de ce moyen, la partie adverse répond qu’elle est irrecevable, la partie requérante n’ayant pas intérêt au moyen. Selon elle, ce grief opère une confusion entre la décision et sa communication. Pour la partie adverse, la partie requérante critique en réalité le mode de communication en deux temps de la décision du 13 septembre 2024 contre laquelle le recours est dirigé, lequel ne peut avoir d’incidence que sur le délai de recours contre la décision mais n’entache pas pour autant la validité de la décision. La partie adverse souligne que la partie requérante ne s’y est pas trompée puisque le recours est dirigé contre la décision du 13 septembre 2024 et la deuxième branche critique la motivation qui lui a été communiquée le 13 novembre 2024. La partie requérante qui a déposé son recours dans les délais légaux n’a dès lors aucun intérêt à soulever ce grief.

Concernant la seconde branche, la partie adverse répond, en substance, qu'elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation des prix anormalement bas et des postes non-négligeables et donc *a fortiori* des critères fixés pour analyser les offres à cet effet. Elle n'a aucune obligation d'interroger les soumissionnaires sur les prix anormaux, sauf s'ils sont susceptibles de mener à l'irrégularité de l'offre et à son écartement. Elle indique que la partie requérante n'a aucun intérêt à critiquer les critères choisis pour vérifier les prix anormalement bas et les postes non-négligeables et plus particulièrement celui du seuil de 2 %. Son offre a en effet été considérée comme irrégulière sur la base du critère de la sécurité. Elle souligne que la partie requérante ne critique d'ailleurs pas le raisonnement aux termes duquel il a été considéré que le travail devisé ne saurait être réalisé pour le prix proposé. L'auteur de projet conclut en effet qu'à ce prix, soit l'entreprise travaille à perte, soit la qualité du travail est mise en cause. Selon elle, il n'est manifestement pas déraisonnable de considérer que les prix unitaires qui s'écartent de +/- 25 % du prix moyen des 4 offres sont anormaux ni de fixer un seuil de 2% par rapport au montant global moyen des offres ou celui de la sécurité pour identifier les postes non-négligeables. Enfin, elle relève que la partie requérante qui se contente de critiques abstraites ne démontre pas l'erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise à son estime la SRL T&M.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La partie requérante n'expose pas en quoi l'article 4 de la loi précitée du 17 juin 2016, les articles 10 et 11 de la Constitution, ou le devoir de minutie seraient violés.

En tant qu'il invoque la violation de ces dispositions et de ce devoir, le moyen est irrecevable.

A. Première branche

La partie requérante soutient que la « décision initiale » de la partie adverse, reprise dans la communication du 7 novembre 2024, manque de motivation suffisante, dès lors qu'elle ne détaille pas les raisons pour lesquelles l'offre a été jugée irrégulière.

L'acte attaqué par le présent recours est la décision motivée d'attribution du 13 septembre 2024, qui déclare également nulle l'offre de la partie requérante. Les courriel et courrier du 7 novembre 2024 et le courriel du 13 novembre 2024 ont pour objet d'informer la partie requérante des motifs de cette décision.

Comme cela ressort du dossier administratif, il n'existe qu'une seule décision, adoptée le 13 septembre 2024, qui se fonde sur le rapport d'analyse des offres, dont les motifs la concernant ont été adressés à la partie requérante par courriel du 13 novembre 2024. Il n'y a pas davantage de « motivation initiale » qui aurait été complétée après le courrier adressé à la partie requérante le 7 novembre 2024. L'acte attaqué reposait, d'emblée, sur des motifs exprimés dans le rapport d'analyse des offres, qui en faisait partie intégrante.

Sur ce point, le moyen manque en fait.

La partie requérante critique également le fait que la communication de la partie adverse du 7 novembre 2024 ne contient aucune information explicite sur les raisons pour lesquelles l'offre a été jugée substantiellement irrégulière, ce qui empêche, selon elle, de vérifier les motifs et la pertinence de la décision. Ce n'est qu'après sa demande expresse que des informations complémentaires lui ont été fournies, ce qui attesterait de l'insuffisance de la motivation initiale.

En vertu de l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013, rendu applicable au marché en cause par son article 29, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, « dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, l'autorité adjudicatrice communique [...] 2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière ou non conforme, les motifs de son éviction, extrait de la décision motivée » et « 3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu la décision motivée ».

La partie adverse reconnaît que c'est par le second mail du 13 novembre 2024 qu'elle a communiqué à la partie requérante les motifs qui justifiaient sa décision. Selon la partie requérante, la communication initiale n'aurait pas respecté l'obligation de motivation.

Cependant, comme la partie adverse le fait valoir à juste titre, une éventuelle méconnaissance de l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi du 17 juin 2013, constitue un vice entachant une formalité postérieure à l'adoption de l'acte attaqué, ce vice ne pouvant affecter la légalité de celui-ci.

Si la partie requérante affirme que l'absence, dans la première communication, d'information explicite sur les raisons pour lesquelles son offre a été jugée substantiellement irrégulière en raison d'une anomalie des prix, l'empêche de vérifier les motifs et la pertinence de la décision, elle n'explique pas en quoi cela serait encore le cas après la réception du courriel du 13 novembre 2024, ni en quoi « cette approche fragmentée [l']empêche (...) de comprendre pleinement

les motifs de la décision ». Compte tenu de cette seconde communication, l'insuffisance de « motivation initiale » que la partie requérante dénonce n'apparaît pas, *prima facie*, avoir pu la priver de la possibilité d'apprécier en connaissance de cause l'opportunité de diriger un recours contre l'acte attaqué et d'organiser ce recours, également en connaissance de cause. La partie requérante a, en effet, introduit un recours contre, selon les termes même de sa requête, la décision de la partie adverse du 13 septembre 2024. Elle critique d'ailleurs, dans la seconde branche du second moyen, les motifs repris dans le courriel du 13 novembre 2024. L'attitude procédurale de la partie requérante tend dès lors, dans les limites de ce que permet un examen réalisé en extrême urgence, à démentir le grief qu'elle soulève.

La première branche du moyen n'est pas sérieuse.

B. Seconde branche

Le rapport d'examen des offres explique comme il suit les critères appliqués par la partie adverse dans le cadre de la vérification des prix, pour identifier, d'une part, les postes présentant un prix anormal, et d'autre part, les postes non négligeables :

L'application de l'article 36 §4 de l'AR du 18.04.2017 n'est pas d'application.

La vérification des prix et des coûts a été effectuée conformément à l'article 35 de l'AR du 18.04.2017.

Afin que l'analyse soit réaliste et limitée aux éléments majeurs, l'analyse en profondeur a eu lieu sur les postes s'éloignant de plus de 25% de la moyenne des postes des 4 offres, dont le prix a une incidence non négligeable sur le marché et/ou une incidence non négligeable sur la sécurité.

L'auteur de projet a considéré que les postes dont le prix a une incidence non négligeable sur le marché sont les postes qui sur la moyenne des 4 offres représentent au minimum 2% du montant global moyen des 4 offres.

Les postes ayant une incidence non négligeable sur la sécurité sont les postes qui peuvent nuire à la sécurité du bâtiment et des personnes tout au long de sa vie (exemple : un moyen de fixation ou tout autre élément pouvant engendrer des problèmes de stabilité ou risque de chute, des éléments liés à l'utilisation du gaz comme les conduites enterrées, les raccords, des éléments électriques...).

Pour identifier les prix soupçonnés d'anormalité, la partie adverse a retenu les postes dont les prix s'écartent de plus de 25 % du prix moyen des quatre offres. Le tableau comparatif déposé à titre confidentiel au dossier administratif, contient à cet égard les prix unitaires de chaque poste des 4 offres, la moyenne de ces prix unitaires, ainsi que le calcul de l'écart + 25% et de l'écart - 25 %.

Pour identifier les postes non négligeables, deux critères sont retenus qui peuvent être utilisés isolément ou cumulativement : le premier est celui d'un seuil de 2 % du montant global moyen des 4 offres, le deuxième est celui de la sécurité à savoir les postes qui « peuvent nuire à la sécurité du bâtiment et des personnes tout

au long de sa vie ». Ce critère est illustré par des exemples. Dans le tableau comparatif déposé, le « poids » du poste, exprimé en pourcentage, est ainsi également mentionné et surligné, lorsqu'il dépasse 2%.

Il est, dès lors, inexact d'affirmer, comme le fait la partie requérante, que la méthodologie du pouvoir adjudicateur repose, « dans un premier temps, sur un seuil de 2 % du montant global moyen des offres pour qualifier un poste comme ayant une incidence non négligeable sur le marché ». Le poste 24.21.1.b.01 n'a, en outre, pas été qualifié de « non négligeable » au motif qu'il représente au moins 2 % de la moyenne des offres, mais en raison de ce que, selon l'acte attaqué, « la qualité de réalisation est essentielle pour assurer la stabilité et la pérennité du bâtiment », ce qui, *prima facie*, renvoie à la sécurité du bâtiment et des personnes tout au long de sa vie, ce que ne conteste d'ailleurs pas la partie requérante.

Compte tenu de ce qui précède, sont sans pertinence les « défauts » qu'identifie la partie requérante à l'égard de l'approche qui repose sur un seuil de 2% du montant global moyen des offres pour qualifier un poste comme ayant une incidence non négligeable sur le marché, et ne sont pas de nature à affecter la légalité de l'acte attaqué. Il en va de même de l'absence de communication de la moyenne des prix des postes litigieux ou de la part de ce poste dans l'offre de la partie requérante.

La partie requérante indique que la simple mention du caractère non négligeable d'un poste ne peut suffire et que la partie adverse doit fournir les éléments concrets et justifiés qui expliquent pourquoi un poste a été jugé significatif pour la réalisation du marché.

À cet égard, il y a lieu de rappeler qu'un 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. Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017 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 dès lors d'un pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur quant à ce, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur.

En l'espèce, la partie requérante ne démontre pas concrètement que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation dans le choix et la mise

en œuvre des critères repris dans son rapport d'analyse des offres. Elle ne peut, à cet égard, se limiter à affirmer que le fait que l'analyse approfondie ne concerne que les postes s'éloignant de plus de 25 % de la moyenne des prix des quatre offres est insuffisant pour établir la pertinence de ce critère, ou qu'un seuil doit être justifié en fonction de la particularité du marché et de l'impact réel des postes.

Sur le plan de la motivation formelle, 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'écartement est affectée d'un vice de motivation formelle.

En l'occurrence, la motivation du rapport d'examen des offres, à laquelle se réfère l'acte attaqué, expose les critères employés pour identifier les postes non négligeables et la manière dont ils ont été mis en œuvre concernant le poste litigieux. À la lecture des motifs extraits du rapport d'analyse des offres qui lui ont été communiqués, la partie requérante a pu vérifier que ce poste correspondait bien à l'un de ces critères.

L'obligation de motivation formelle n'impose pas à l'autorité d'exposer les motifs de ses motifs. Le pouvoir adjudicateur n'est donc pas tenu de justifier en la forme le choix de ces critères.

Compte tenu de ce qui précède, on n'aperçoit pas, *prima facie*, et la partie requérante n'en identifie pas précisément, quelles explications supplémentaires sur les critères ou les éléments qui établiraient la présomption d'anormalité du poste en cause auraient dû être identifiées dans l'acte attaqué.

La partie requérante critique le fait qu'alors que pour certains postes, le pouvoir adjudicateur a validé des prix jugés plus « bas » en tenant compte de la moyenne des offres qui a été tirée vers le haut par des prix plus élevés, cette méthode n'a pas été utilisée pour le poste litigieux, du moins cela ne ressort pas de l'extrait du rapport d'analyse des offres. Elle en déduit une incohérence dans l'application des critères d'évaluation et une appréciation erronée du caractère réalisable du prix proposé pour ce poste.

S'il est certes exact que la partie adverse a décidé de ne pas interroger les soumissionnaires pour deux postes non négligeables (06.24.9a.01 et 43.24.6a.01), alors que ceux-ci s'écartaient de la moyenne des offres de plus de 25

%, elle s'en est expliquée dans le rapport d'analyse des offres. Il en ressort que dans les deux cas, le prix remis par les soumissionnaires concernés restait, selon la partie adverse, cohérent avec les prix du marché et avec le prix estimé, ce qu'un examen du tableau comparatif des prix permet de confirmer. La partie requérante ne critique pas cette analyse. Le prix de la partie requérante pour le poste 24.21.1b.01 s'écarte de l'estimation réalisée et encore plus nettement des prix des autres soumissionnaires, ce qui peut, *prima facie*, permettre de comprendre que la partie adverse n'ait pas agi de la même manière que pour les deux autres postes précités.

La partie requérante ne peut également reprocher l'absence d'estimation comparable pour le poste litigieux. Outre que l'acte attaqué ne se fonde pas sur un écart avec l'estimation pour fonder le constat d'irrégularité de l'offre de ce soumissionnaire, l'examen du tableau comparatif des prix permet de confirmer l'existence de cette estimation et d'un écart réellement significatif pour le poste litigieux.

La partie requérante critique également le fait que le poste litigieux n'ait pas été traité comme le poste 04.91.1a.01 « installation globale de chantier », alors que, selon elle, il repose, comme ce poste, sur des quantités présumées. Pour ce poste, la partie adverse a décidé de ne pas questionner les soumissionnaires au motif que « ce poste est toujours très variable d'un soumissionnaire à l'autre car il dépend beaucoup de la manière dont les entreprises répartissent leurs prix ».

Il ressort du métré, comme des clauses techniques du cahier spécial des charges, que le poste 04.91.1a. 01 est un poste à forfait. En outre, l'examen du tableau comparatif des prix permet, *prima facie*, de comprendre que la partie adverse n'ait pas agi de la même manière pour ces deux postes. Pour le poste 04.91.1a.01, les prix sont variables entre au moins trois soumissionnaires, alors que les prix du poste 24.21.1b.01 ne présentent pas la même variabilité, excepté le prix de la partie requérante.

La partie requérante déduit également l'incohérence de la motivation de l'acte attaqué par le fait que ce dernier relève que le taux horaire est jugé correct dans un premier temps et a ensuite été considéré comme « bas », sans qu'il soit expliqué en quoi cela rendrait l'exécution irréalisable.

Il ressort de l'acte attaqué que l'affirmation suivant laquelle le taux horaire appliqué est « correcte » se rapporte à l'analyse des explications adressées par la partie requérante le 22 mai 2024. Celle-ci ne peut ignorer que ces explications n'ont pas satisfait la partie adverse, compte tenu des précisions mentionnées dans le courrier qu'elle lui a adressé le 18 juin 2024. À la suite des justifications adressées le

1^{er} juillet 2024, la partie adverse a constaté, en substance que le temps pour la fabrication des cadres en atelier apparaissait comme « extrêmement court ». Le temps pour la pose et les fixations du cadre à l'aide d'un engin de levage sur les habitations existantes lui est également apparu particulièrement court pour réaliser des éléments aussi particuliers. Couplé à un taux horaire jugé bas, cela l'a contrainte à déclarer que le prix du poste litigieux n'est pas réalisable pour le montant déclaré par la partie requérante.

La partie adverse explique ainsi, sans que la partie requérante ne démontre concrètement qu'elle aurait commis une erreur manifeste d'appréciation, les raisons pour lesquelles elle estime que l'exécution du marché est irréalisable. *Prima facie*, le fait qu'elle ait initialement jugé que le taux horaire lui apparaissait correct ne l'empêche pas de juger que ce taux soit bas, ni de considérer qu'en relation avec le temps d'exécution du poste, le prix unitaire est irréalisable.

La partie requérante soutient encore qu'il n'est pas expliqué en quoi un prix plus bas pour le poste litigieux aurait un impact négatif sur la sécurité ou la qualité de travaux. Ce faisant, la partie requérante entend substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, alors que le Conseil d'État ne peut censurer que l'erreur manifeste d'appréciation.

Enfin, la partie requérante indique que la motivation ne permet pas de comprendre pourquoi certains postes similaires dans leur nature ou leur impact au poste litigieux sont soumis à des critères d'évaluation apparemment différents. Elle vise en particulier d'autres postes présentant également des risques significatifs (par exemple le désamiantage) ou le poste d'installation globale de chantier qui, selon elle, peut avoir des implications significatives sur la sécurité des travaux.

Il ressort de l'acte attaqué que le critère qualitatif retenu par la partie adverse pour déterminer si un poste est ou non négligeable se rapporte à la sécurité du bâtiment et des personnes tout au long de sa vie, critère qui ne se confond pas avec celui de la sécurité des travaux. Au regard de ce critère, à l'égard duquel la partie adverse dispose d'un large pouvoir d'appréciation, la partie requérante n'établit pas, concrètement, que les postes et situations qu'elle invoque se trouveraient dans une situation similaire ou comparable.

La seconde branche du moyen n'est pas sérieuse.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un premier moyen de la violation « des articles 4 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; des articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ; des articles 4 et 5, 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 ; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ; du devoir de minutie et notamment de la vérification des faits pris en considération ; de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Elle expose que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en écartant les justifications fournies par la partie requérante concernant un poste spécifique, relatif à la « structure à ossature bois ». Elle fait valoir qu'elle a apporté des explications détaillées sur la composition du prix et la méthodologie d'exécution du poste, y compris la répartition du temps de travail, la structure des coûts, le taux horaire pratiqué, et les procédés d'optimisation utilisés pour garantir l'efficacité et la qualité des travaux. Ces justifications montrent que le prix proposé n'était pas anormal, reposant sur des pratiques de construction optimisées et des références solides. Elle considère que la partie adverse n'a pas tenu compte de ces éléments, commettant ainsi une erreur manifeste d'appréciation.

Après avoir rappelé les dispositions applicables et les principes qu'elle en déduit, elle développe son moyen comme il suit:

« 32. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation en écartant les justifications fournies par la partie requérante concernant le poste 24.21.1b.01 : structure à ossature bois - CLS 38*89 mm - parois verticales extension - structure bois uniquement.

33. La partie requérante a fourni à deux reprises des justifications précises quant à la composition et à la méthodologie d'exécution de ce poste, en scindant les éléments suivants :

- Temps global de travail, réparti par étapes (préparation, fabrication en atelier, transport, pose, nettoyage) ;
- Structure des coûts : fourniture, main-d'œuvre, et 8 % de frais généraux et bénéfices ;

- Taux horaire : 40 €/heure, conforme aux standards du marché (ce qui est d'ailleurs admis par la partie adverse dans l'extrait du rapport d'analyse des offres communiqué le 13 novembre 2024) ;
- Optimisation des procédés : pré-fabrication en atelier, utilisation d'équipements modernes et planification rigoureuse pour garantir efficacité et qualité.

Ces explications démontrent une méthodologie cohérente, réaliste et optimisée pour exécuter les travaux conformément aux exigences des documents du marché. En outre, les éléments liés aux coûts indirects (transport, engin de levage, nettoyage, évacuation des déchets) étaient inclus dans le poste global "installation de chantier", conformément aux dispositions contractuelles.

34. Si les justifications fournies par la partie requérante avaient été pleinement prises en considération, il aurait été démontré que le prix proposé pour le poste concerné n'est pas anormal. La partie requérante a détaillé des procédés de construction optimisés et conformes aux exigences du marché, reposant sur des références solides et des méthodologies éprouvées, comme en attestent les différentes références soumises par la partie requérante, toutes accompagnées d'attestations de bonne exécution.

35. En réalité, si la SRL T&M avait analysé l'ensemble des paramètres avancés, elle aurait constaté que ceux-ci sont réalistes, de sorte qu'ils permettent de justifier les prix remis pour le poste concerné.

En s'abstenant de le faire, la SRL T&M a, dès lors, commis une erreur manifeste d'appréciation.

Cela met également en lumière le manquement de la SRL T&M à l'exigence de motivation (voir *infra*)

(...) ».

B. Note d'observations

La partie adverse répond au premier moyen dans les termes suivants :

- « 1. Le moyen invoque la méconnaissance de plusieurs dispositions légales. Parmi celles-ci, pour certaines, la requérante n'expose pas en quoi elles auraient spécifiquement été méconnues.

Il en va ainsi des articles 4 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5, 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du devoir de minutie.

L'article 14, §1^{er}, al. 2, des Lois coordonnées sur le Conseil d'État dispose que :

"Les irrégularités visées à l'alinéa 1^{er} ne donnent lieu à une annulation que si elles ont été susceptibles d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, ont privé les intéressés d'une garantie ou ont pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte".

Il est de jurisprudence constante de votre Conseil que la partie requérante doit démontrer que l'irrégularité alléguée a bien eu les effets visés par l'article précité.

Dans ce contexte, pour être recevable, un moyen doit indiquer la disposition légale ou réglementaire qui aurait été violée, mais surtout, la manière dont elle aurait été méconnue. Tel n'est pas le cas en l'espèce.

Le moyen est par conséquent irrecevable en ce qui concerne ces dispositions.

2. La requérante critique l'appréciation qu'a portée la SRL T&M aux justifications données dans le cadre de la vérification des prix aux termes de laquelle elle a considéré un prix anormalement bas.

Dans le cadre de l'examen des justifications des prix, l'appréciation du Conseil d'Etat est marginale et limitée à vérifier l'exactitude et la réalité des faits sur lesquels l'appréciation du pouvoir adjudicateur se fonde—et si elle n'est pas manifestement déraisonnable. A ce titre, le Conseil d'Etat ne peut donc censurer que l'erreur manifeste d'appréciation.

Le rapport d'analyse des offres qui fait "partie intégrante" de l'acte attaqué reprend les justifications qui ont été apportées à la SRL T&M pour expliquer le prix du poste 24.21.1b.01 "structure à ossature bois – CLS 38*89 mm – Parois verticales extension – structure bois uniquement", tant celles adressés par courrier du 15 mai 2024 que celles précisées dans le courrier du 1 juillet 2024.

Une analyse de ces éléments de justification détaille précisément le raisonnement aux termes duquel la SRL T&M a estimé que ce poste n'était pas réalisable pour le montant déclaré par le soumissionnaire. Elle a en effet vérifié de manière concrète le temps estimé par la requérante pour réaliser les tâches devisées.

La requérante ne critique pas ce raisonnement, ni le calcul, ni même les données de ce calcul auquel la SRL T&M a procédé pour aboutir à la conclusion du caractère irréalisable de ce poste au prix proposé. Elle ne critique non plus la conclusion que le prix proposé aurait pour conséquence soit un travail à perte, soit une atteinte à la qualité de la construction.

Elle se contente de reproduire les explications très générales fournies à titre de justification sans fournir d'élément de nature à contredire ce raisonnement. Partant, la requérante reste en défaut de démontrer l'erreur qui aurait été commise par la SRL T&M.

Dit simplement, la requérante tente de substituer sa propre appréciation à celle de la SRL T&M.

En conclusion, le moyen n'est pas sérieux ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'Etat

La partie requérante n'expose pas en quoi l'article 4 de la loi précitée du 17 juin 2016, ou le devoir de minutie seraient violés.

En tant qu'il invoque la violation de cette disposition et de ce devoir, le moyen est irrecevable.

L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de procéder à la vérification des prix des offres et lui permet de demander aux soumissionnaires les indications nécessaires à cette fin.

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

Les articles 33, 35 et 36, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques précisent la manière dont la vérification des prix et des coûts doit s'opérer. Le contrôle se déroule en deux étapes. Suivant l'article 33, « [...] le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36 ». La première étape est obligatoire ; il s'agit de vérifier tant les montants globaux des offres que les prix et les coûts unitaires qu'elles contiennent. Le pouvoir adjudicateur peut, dans ce cadre, inviter les soumissionnaires à fournir toute information nécessaire (article 35). Il n'est procédé à l'examen visé à l'article 36 (deuxième étape) que si la vérification préalable, effectuée comme le prescrit l'article 35, révèle, aux yeux du pouvoir adjudicateur, des prix ou des coûts apparemment anormalement bas ou élevés.

Dans le cadre de la vérification des prix et des coûts, visée à l'article 35, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation, tant dans le choix de la méthode de vérification des prix ou des coûts que pour considérer, au terme de celle-ci, que certains prix ou coûts lui semblent anormalement bas ou élevés. Par ailleurs, il n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de la décision d'attribution du marché la raison pour laquelle un prix proposé ne présente, à son estime, aucun caractère anormal. Toutefois, il doit ressortir de cette décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix et coûts, exigée par cette disposition. Si la détermination des prix s'avère complexe, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer d'être en possession de l'ensemble des éléments utiles lui permettant de comprendre les prix proposés et de vérifier concrètement leur normalité. Le Conseil d'État ne peut substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des motifs qui ont justifié la décision du pouvoir adjudicateur et de censurer une appréciation manifestement déraisonnable.

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

Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, le pouvoir adjudicateur examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, il dispose d'un large pouvoir d'appréciation. 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 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.

En l'espèce, la partie requérante soutient que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en écartant les justifications fournies concernant le poste 24.21.1b. 01. Selon elle, si les justifications fournies avaient été pleinement prises en considération, il aurait été démontré que le prix proposé pour ce poste n'est pas anormal.

Il ressort du rapport d'analyse des offres, que l'acte attaqué fait sien, que la partie adverse a bien pris en considération les justifications fournies par la partie requérante, qu'elle les a examinées et a exposé en quoi elles ne la convainquent pas. Le rapport d'analyse des offres rappelle en effet que le temps global de 54,12 heures pour la réalisation de l'entièreté du poste a été scindé selon les différentes étapes de fabrication (préparation et dépoussiérage du support ; fabrication des cadres ; transport ; pose et fixation avec engin de levage ; nettoyage et évacuation des déchets), telles que visées dans le courrier de la partie requérante du 1^{er} juillet 2024. Il analyse ensuite le temps consacré à la fabrication des cadres en atelier, à la pose et à la fixation du cadre à l'aide d'un engin de levage.

Pour la fabrication des cadres en atelier, la partie adverse a estimé que le temps y consacré, par annexe, apparaît comme extrêmement court. Pour la pose et les fixations du cadre à l'aide d'un engin de levage, la partie adverse a estimé que le temps particulièrement court pour réaliser des éléments aussi particuliers, couplé à

un taux horaire bas, la contraint à déclarer que le prix unitaire du poste n'est pas réalisable. L'acte attaqué indique qu'« En effet, le prix particulièrement bas vis-à-vis du travail à réaliser et comparativement aux autres valeurs remises par les soumissionnaires concurrents ne peut conduire, selon nous ; soit à un poste réalisé en perte financière ou soit une grosse diminution de qualité de fabrication et d'exécution résultant du temps imparti et justifié par le soumissionnaire pour correspondre à son prix de revient ».

La partie requérante ne critique pas cette analyse. Elle se limite à affirmer, sans davantage d'explications, que ses explications démontrent une méthodologie cohérente, réaliste et optimisée pour exécuter les travaux conformément aux exigences des documents de marché, et qu'elle a détaillé des procédés de construction optimisés et conformes aux exigences du marché, reposant sur des références solides et des méthodologies éprouvées.

Ce faisant, la partie requérante ne démontre pas, concrètement, que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation, qui s'entend de l'erreur qu'aucune autre autorité administrative n'aurait commise dans les mêmes circonstances. Il ne revient pas, en outre au Conseil d'État, de substituer son appréciation à celle de la partie adverse.

Compte tenu de ce qui précède, le grief déduit du manquement à l'exigence de motivation ne peut également être tenu pour sérieux. Les motifs de l'acte attaqué, communiqués à la partie requérante, permettent de comprendre précisément l'appréciation portée par la partie adverse à l'égard des justifications de prix communiquées par la partie requérante.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VII. Confidentialité

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des pièces 8. à 8.13, 9.1 à 9.3, 11.1 à 11.4, 12.1 à 12.30, 14.1 à 14.10, 15.1 à 15.24, 17.1 à 17.20, 19.1 à 19.2, 20.1 à 20.21, 21.1 à 21.20, 22.1 à 22.6, 23.1 à 23.6, 24.1 à 24.8, 25.1 à 25.8. du dossier administratif.

La partie requérante demande que son offre bénéficie de la confidentialité (pièce 3). Il en est de même pour les pièces 4 à 7 de son dossier (courriers relatifs aux justifications de prix).

Ces demandes ne sont pas contestées.

Dans ces circonstances, 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 demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 8. à 8.13, 9.1 à 9.3, 11.1 à 11.4, 12.1 à 12.30, 14.1 à 14.10, 15.1 à 15.24, 17.1 à 17.20, 19.1 à 19.2, 20.1 à 20.21, 21.1 à 21.20, 22.1 à 22.6, 23.1 à 23.6, 24.1 à 24.8, 25.1 à 25.8. du dossier administratif, et les pièces 3 à 7 du dossier de pièces de la partie requérante 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 18 décembre 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Aurélien Vandeburie,	conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie Roba,	greffière.

La greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

Aurélien Vandeburie