CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 226.463 du 18 février 2014

G./A.195.401/VI-18.534

En cause : **la société anonyme ENTREPRISES GENERALES FRANCOIS MOUREAU ET SES FILS**,

ayant élu domicile chez
Mes Emmanuelle BERTRAND et
Xavier CLOSE, avocats,
avenue de l'Observatoire, n° 10,
4000 Liège,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée Confort Mosan,

ayant élu domicile chez
Me Jean-François HENROTTE, avocat,
boulevard d'Avroy, n° 280,
4000 Liège.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e^ CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 1er février 2010, la société anonyme ENTREPRISES GENERALES FRANCOIS MOUREAU ET SES FILS demande l'annulation "des décisions du 30 septembre 2009 du conseil d'administration de la SCRL Le Confort Mosan :

- de déclarer «l'offre de l'entreprise MOUREAU irrégulière»;
- de ne pas attribuer le marché à la requérante;
- d'attribuer le marché de rénovation de 48 logements de la cité J.J. Collard à Haccourt à l'entreprise WUST pour un montant de 772.617,28 euros".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

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

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 22 novembre 2013, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 18 décembre 2013.

M. le Conseiller d'Etat, Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Xavier CLOSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Jean-François HENROTTE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. La société coopérative régionale d'habitations sociales à responsabilité limitée LE CONFORT MOSAN a fait publier un avis de marché au Bulletin des Adjudications du 9 juillet 2009 pour la rénovation de 48 logements sociaux situés à Haccourt (Oupeye).

III. 2. Le marché de travaux est régi par un cahier spécial des charges référencé S.W.L./T/2002.

La procédure retenue est celle de l'adjudication publique.

III. 3. Lors de la séance d'ouverture des offres, fixée le 18 août 2009, cinq offres ont été recueillies et se présentaient dans l'ordre suivant :

WUST - Malmédy :	772.617,28 euros
THOMASSEN - Visé :	853.075,87 euros

BATITEC - Hermalle-S/Arg. :	791.688,55 euros
MOUREAU - Ans :	772.386,92 euros
STOFFELS - Sourbrodt :	887.787,90 euros

III. 4. Par courriers des 25 et 26 août 2009, le pouvoir adjudicateur a demandé à la société requérante de justifier le montant de prix qui lui apparaissaient anormalement bas.

III. 5. Par un courrier du 31 août 2009, la société requérante a communiqué ses justifications au pouvoir adjudicateur.

III 6. Le 22 septembre 2009, un rapport d'analyse des offres a été rédigé par un bureau d'architectes.

Ce rapport conclut notamment que toutes les offres sont conformes et sélectionnées.

Selon la conclusion provisoire de l'auteur de projet, l'offre de la S.A ENTREPRISES GENERALES FRANÇOIS MOUREAU & FILS ne pouvait être retenue en raison de justifications de prix qualifiées d'insuffisantes, tandis que l'offre de l'entreprise Jean WUST S.A. était conforme et pouvait être retenue.

III. 7. Le 30 septembre 2009, LE CONFORT MOSAN a décidé de déclarer l'offre de l'entreprise MOUREAU irrégulière et d'attribuer le marché de rénovation de 48 logements situés à Haccourt à l'entreprise WUST pour un montant de 772.617,28 euros.

Cette décision se présente comme suit :

" Procès-verbal de la séance du Conseil d'Administration du 30 septembre 2009

Etaient présents :
[…]

Etaient absents et excusés :
[…]

2. Evolution des dossiers techniques

A. Faillite Corda

c. Résultat de l'adjudication de la rénovation lourde de 48 logements à Haccourt - Lot unique - Rues de l'Eglise, V. de Bueren, JJJ Collard.
Tous les membres ont reçu en séance un tableau récapitulatif du résultat de la mise en adjudication après ouverture des offres réalisée le 18 août 2009, à savoir :

Soumissionnaire	Montant offre	Montant offre après vérification auteur de projet
WUST-Malmédy	772.617,28€	772.617,24€
THOMASSEN-Visé	853.075,87€	853.075,87€
BATITEC-Hermalle-S/Arg.	791.688,55€	791.688,55€
MOUREAU-Ans	772.386,92€	772.386,92€
STOFFELS- Sourbrodt	887.787,90€	887.787,90€

[…]

3.Proposition de décision

Il n'y a pas de conflit d'intérêts entre les administrateurs et les soumissionnaires.

- De déclarer irrégulière l'offre du soumissionnaire François MOUREAU d'Ans :

  1. pour deux raisons tenant à la sélection des candidats. Une portant sur le point III.2.2 de l'avis de marché. Les déclarations présentées ne couvrent pas l'ensemble de la période demandée. L'autre portant sur le point III.2.3 de l'avis de marché. Le soumissionnaire propose une liste considérée comme insuffisante.
  2. pour non régularité de son offre étant donné que son prix a été jugé inacceptable vu que ses prix étaient de 45 % à 88 % inférieurs à la moyenne des prix remis par les autres soumissionnaires.

Vu que cet écart est énorme
Vu que les justifications fournies par la société MOUREAU ne semblent pas convaincantes pour les postes 60.52.01, 60.52.02 et 60.52.03
Vu que ces prix reposent sur une estimation faite à partir de prix remis par des sous-traitants dans le cadre d'autres chantiers
Vu que la société MOUREAU ne joint pas les contrats, les remises de prix ou les factures sur lesquels elle s'est fondée pour établir ces estimations
Vu qu'il n'y a pas de correspondance entre les prix prétendument demandés par les sous-traitants (539,74 à 756,30 €) et l'estimation (835,05 €) qui a servi à calculer le prix remis dans le cadre de ce marché (860,05) contrairement aux autres soumissionnaires, le même prix a été remis pour les 3 postes (60.52.01,60.52.02 et 60.52.03)
Vu que la même argumentation est développée pour les postes 65.42.01, 65.42.02, 65.42.03.
Vu que la répartition de l'évaluation entre les postes précités et le poste 65.61 est, de l'aveu même de la société MOUREAU, « arbitraire » et donc contraire à l'article 96 § 4 de l'AR du 8/01/96 selon lequel « les prix unitaires et les prix globaux des postes du métré récapitulatif doivent être établis d'une manière qui corresponde à la valeur relative de chacun des postes par rapport au montant total de l'offre ».
Vu que l'auteur de projet dans son rapport constate que ces prix sont manifestement trop bas
Vu que les prix litigieux représentent une part importante du marché, du moins chez les autres soumissionnaires (15 à 20 %)
C'est pourquoi, il est proposé au Conseil d'administration du Confort Mosan de déclarer irrégulière l'offre de l'entreprise MOUREAU d'Ans et d'attribuer le marché de rénovation de 48 logements sis Cité JJJ. Collard à Haccourt d'une durée de 288 jours au soumissionnaire WUST de Malmedy pour le montant de 772.617.28 € compte tenu du fait qu'il remplissait les critères de sélection qualitative, que son offre était conforme et qu'elle était la moins disante.
Vu le classement final suivant :

Nom des soumissionnaires	Prix

WUST	772.617,24
BATITEC	791.688,56
THOMASSEN ET FILS	853.075,87
D.STOFFELS	887.787,90

Le Conseil d'Administration du Confort Mosan,
Vu la faillite de l'entreprise CORDA,
Vu [que] l'estimation des travaux restant à exécuter est supérieure à 67.009 euros,
Vu la décision du Conseil d'administration du Confort Mosan de lancer une adjudication pour le présent chantier,
Vu l'avis de marché paru au bulletin des adjudications du 7 juillet 2009,
Vu l'ouverture des soumissions du 18 août 2009,
Vu que cinq entreprises ont remis offre,
Vu le rapport d'analyse d'offres ci-annexé,
Décide de déclarer l'offre de l'entreprise MOUREAU irrégulière et d'attribuer le marché de rénovation de 48 logements cité JJJ. Collard à Haccourt à l'entreprise WUST pour un montant de 772.617,28 €.
L'ordre du jour étant épuisé, le Président lève la séance".

Il s'agit de la décision attaquée.

III. 8. Par un courrier du 1er décembre 2009, le pouvoir adjudicateur a fait savoir à la société requérante que son offre n'avait pas été retenue.

III. 9. Par un courrier du 2 décembre 2009, la société requérante a demandé que lui soit communiquée la décision motivée d'attribution du marché.

III. 10. Le 4 décembre 2009, le pouvoir adjudicateur a communiqué à la société requérante une copie du procès-verbal de la séance de son conseil d'administration du 30 septembre 2009 motivant le choix de la société WUST pour le marché litigieux.

III. 11. La société requérante a demandé, par courrier du 17 décembre 2009, une copie du rapport d'analyse des offres de l'auteur du projet.

Ce rapport est rédigé en ces termes :

" LOT UNIQUE - RENOVATION
FINITIONS INTERIEURES
SANITAIRE - CHAUFFAGE
ELECTRICITE
[…]
A. OUVERTURE DES OFFRES
Ouverture des soumissions le 18 août 2009 à 10h.
Les offres ont été ouvertes comme suit :

1. Jean WUST SA de MALMEDY	772.617,28 €
2. SPRL THOMASSEN & Fils de VISE	853.075,87 €
3. BATITEC SA de HERMALLE s/ARGENTEAU	791.688,55 €
4. François MOUREAU SA de ANS	772.386,92 €
5. SPRL DS DANIEL STOFFELS de SOURBRODT	887.787,90 €

Après ouverture des soumissions, l'offre la plus basse est celle de l'entreprise François MOUREAU SA de ANS, avec un montant de 772.386,92€.

B. SÉLECTION QUALITATIVE
Voir tableau sélection qualitative ci-joint.
Sur le plan administratif, toutes les offres sont conformes et sélectionnées.
Les soumissionnaires ont en outre déposé les documents administratifs requis.
C. EXAMEN DES OFFRES
Voir tableau examen des offres ci-joint.
[…]
CONCLUSION PROVISOIRE DE L'AUTEUR DE PROJET
Vu que l'offre était publique.
Vu que les publications ont été faites selon les modalités de la loi sur les marchés publics.
Vu que les 5 entrepreneurs ont déposé une offre.
Vu la sélection qualitative des offres au terme de laquelle 5 entreprises sont sélectionnées.
Vu l'examen arithmétique des offres et le classement par ordre croissant qui en résulte.
Vu le rapport du coordinateur sécurité-santé,
Vu la demande de justification de certains prix unitaires anormalement bas à l'entreprise François MOUREAU SA de ANS.
Vu que les justifications de prix de l'entreprise FRANÇOIS MOUREAU SA de ANS sont insuffisantes du fait qu'elles ne se basent que sur des estimations de l'entreprise faites sur base de prix remis par des sous-traitants dans le cadre d'autres chantiers mais qu'elle ne joint ni contrats, ni remises de prix, ni factures sur lesquels elle se serait fondée pour établir ses documents.
Vu l'importance de la différence sur les postes à justifier entre MOUREAU et le 2° soumissionnaire (+/- 80.000 €, soit +/- 10% du total du marché).
Vu l'importance des postes à justifier par rapport à l'ensemble du marché (6,86% chez MOUREAU contre 15,51% à 19,73% pour les autres soumissionnaires) (voir annexe 12)
L'offre de l'entreprise François MOUREAU SA de ANS n'est pas retenue.
L'offre de l'entreprise Jean WUST SA de MALMEDY est donc la plus basse et
- se situe 2.80% en-dessous de l'estimation du coût des travaux envisagés pour ces travaux.
-est supérieure à 85% de la moyenne des offres
Dans ces conditions, l'offre de l'entreprise Jean WUST de MALMEDY est conforme au marché et peut être retenue.
Je certifie que tous les exemplaires du dossier remis aux soumissionnaires au bureau de consultation sont rigoureusement identiques et conformes.
Hermée, le 22 septembre 2009.
Les auteurs du projet
VANDENBROUCKE Bernard REUL Dominique".

IV. EXCEPTIONS D'INCOMPETENCE ET D'IRRECEVABILITE

IV.1. Arguments des parties

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse oppose, en une première exception, que le Conseil d'Etat ne peut connaître de la requête, que, pour qu'il soit compétent, la décision attaquée doit, conformément à l'article 14 des lois coordonnées, émaner d'une autorité administrative, que tel n'est pas le cas du CONFORT MOSAN, que, dans un arrêt du 10 juin 2005, la Cour de cassation a estimé qu'"une société, fût-elle créée par une autorité administrative et soumise au

contrôle de cette autorité, qui ne peut prendre des décisions obligatoires à l'égard de tiers, n'acquiert pas le caractère d'une autorité administrative et qu'à cet égard, il importe peu que sa mission soit d'intérêt général", que LE CONFORT MOSAN ne peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers et qu'il n'est donc pas une autorité administrative.

En une deuxième exception, la partie adverse soutient que la décision d'intenter le recours résulte d'une lettre adressée le 29 janvier 2010 par la société requérante à son conseil, que cette lettre est signée par Messieurs François MOUREAU et Jacques MOUREAU, administrateurs délégués, qu'en vertu de l'article 19 des statuts coordonnés de la société MOUREAU, ces personnes n'avaient pas le pouvoir d'introduire un recours en annulation, qu'à maintes reprises, il a été jugé qu'un pouvoir de signature n'équivalait pas à un pouvoir de représentation et qu'en conséquence, le recours est irrecevable.

En une troisième exception, la partie adverse fait valoir que la société MOUREAU ne répondait pas aux conditions de sélection fixées par l'avis de marché, que son offre était irrégulière, qu'elle n'avait pas vocation au marché et que son recours est irrecevable à défaut d'intérêt.

La requérante réplique à la première exception, que, dans son courrier du 1er décembre, la partie adverse admettait expressément sa qualité d'autorité administrative ainsi que la compétence subséquente du Conseil d'État puisqu'elle lui précisait :

> " […] Un recours en annulation contre la décision précitée à portée individuelle peut être soumis à la section d'administration du Conseil d'État endéans les soixante jours de la présente. Cette requête doit être envoyée au Conseil d'État […]",

que la S.C.R.L. LE CONFORT MOSAN est une société de logement de service public au sens des articles 130 et suivants du Code du logement, que c'est une personne de droit public, agréée par la Région wallonne, dont l'organisation et les missions de service public sont fixées par le décret, qu'elle peut notamment poursuivre l'expropriation d'immeubles bâtis ou non bâtis, préalablement déclarée d'utilité publique par le Gouvernement, avec l'autorisation de la Société wallonne du logement, qu'elle dispose de tous les attributs de l'autorité administrative au sens organique ou au sens fonctionnel du terme, en ce compris la possibilité de prendre des actes obligatoires à l'égard des tiers et qu'elle est donc une autorité administrative au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

A la deuxième exception, la requérante réplique que, dans un courrier du 29 janvier 2010, la partie adverse fait référence à la décision de son conseil d'administration du 28 janvier 2010 d'introduire la présente procédure en annulation et de désigner Mes Emmanuelle BERTRAND et Xavier CLOSE pour assurer la défense de ses intérêts, et que le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 28 janvier 2010 est annexé au mémoire en réplique.

A la troisième exception, la requérante réplique qu'elle est liée au fond et que par les moyens qu'elle développe dans la requête en annulation, elle conteste la décision de la partie adverse tant en ce qui concerne la sélection qualitative que le constat d'irrégularité de son offre.

Dans son dernier mémoire, la requérante fait valoir que, par son deuxième moyen, elle critique l'acte attaqué sur le plan de l'examen de la régularité des offres de l'entreprise WUST, que son offre n'a pas été sélectionnée ni jugée régulière et qu'elle a dès lors intérêt à invoquer ce moyen.

IV. 2. Décision du conseil d'Etat

L'avis de marché mentionne LE CONFORT MOSAN, 34, rue des Châtaigniers, 4680 Oupeye comme étant le pouvoir adjudicateur.

Le cahier spécial des charges précise que le maître de l'ouvrage est la société coopérative d'habitations sociales LE CONFORT MOSAN.

A l'appui de la première exception tendant à lui dénier la qualité d'autorité administrative et à soutenir que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître de la requête, LE CONFORT MOSAN, partie adverse, se fonde en particulier sur un arrêt prononcé par la Cour de cassation le 10 juin 2005 qu'elle ne précise pas autrement mais dont elle entend citer un court extrait.

En admettant qu'il s'agisse de l'arrêt référencé C.04.0278.N, la Cour de cassation avait à connaître d'un conflit d'attribution mettant en cause la qualité d'autorité administrative d'une société de logement social régie par les articles 84 et suivants du décret du 15 juillet 1997 contenant le Code flamand du Logement.

Dans la présente espèce, la S.C.R.L. LE CONFORT MOSAN est une société de logement de service public.

En application de l'article 130, § 1er, du Code wallon du logement et de l'habitat durable, cette société est une personne morale de droit public qui, pour être agréée par la société wallonne du logement, doit être constituée sous forme de société coopérative à responsabilité limitée.

La partie adverse reste en défaut d'expliquer pour quels motifs, alors que la qualité de personne de droit public lui a été conférée par décret, elle devrait se voir refuser la qualité d'autorité administrative dont elle s'est réclamée, implicitement mais certainement, dans son courrier du 1er décembre 2009 adressé à la requérante dans les termes suivants :

"Par la présente, nous avons le regret de vous informer que l'offre remise par votre société dans le cadre du marché repris sous rubrique n'a pas été retenue.

Un recours en annulation contre la décision précitée à portée individuelle peut être soumis à la section d'Administration du Conseil d'Etat endéans les soixante jours de l'envoi de la présente".

L'exception d'incompétence ne peut être accueillie.

Quant à la deuxième exception, les statuts de la requérante disposent, en leur article 19, que "les actions judiciaires, tant en demandant qu'en défendant, sont introduites et suivies par la société représentée par son conseil d'administration. Le Président du conseil d'administration ou l'Administrateur délégué peut donner à cet égard toutes instructions utiles aux mandataires de justice, huissiers, experts, etc. et signer toutes les pièces utiles et les diverses procurations sans avoir à justifier d'une décision préalable du Conseil d'administration".

En l'espèce, il ressort des pièces de la procédure que la décision d'introduire le recours a été prise par le conseil d'administration de la société requérante lors de sa séance du 28 janvier 2010.

A la suite de cette décision, deux administrateurs délégués, dont les nominations ont été publiées aux annexes du Moniteur belge du 9 mars 2009 ont, le 29 janvier 2010, donné mandat à Maîtres Emmanuelle BERTRAND et Xavier CLOSE, avocats, d'introduire au nom de la société requérante le présent recours.

L'exception ne peut être accueillie.

Quant à la troisième exception, elle ne pourrait être accueillie qu'en fonction des moyens soulevés.

Elle est liée au fond.

V. PREMIER MOYEN

V.1. Arguments des parties

La requérante prend un premier moyen de l'absence de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles et de la violation :
- du principe général d'égalité des soumissionnaires, notamment déduit des articles 10 et 11 de la Constitution;
- de l'article 19 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;
- de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Elle affirme que l'architecte chargé d'examiner les offres a estimé que tous les soumissionnaires remplissaient les conditions de sélection qualitative énoncées par l'avis de marché, que cependant le pouvoir adjudicateur n'a pas suivi l'avis du bureau d'architectes sur cette question puisqu'il a estimé que son offre n'était pas sélectionnée "pour deux raisons […], une portant sur le point III.2.2 de l'avis de marché. Les déclarations présentées ne couvrent pas l'ensemble de la période demandée" et "l'autre portant sur le point II.2.3 de l'avis de marché. Le soumissionnaire propose une liste considérée comme insuffisante", qu'ainsi, la partie adverse a considéré que, du point de vue de la capacité financière, la déclaration déposée relative au chiffre d'affaires global et au chiffre d'affaires ne couvre pas les trois derniers exercices et que, du point de vue de la capacité technique, la liste de travaux déposée par la requérante a été jugée insuffisante, que le premier de ces motifs est manifestement inexact, qu'elle a déposé, à l'appui de sa soumission, la photocopie du dernier bilan approuvé, soit les comptes annuels clôturés au 30 juin 2008 sur lequel figurent également en marge les comptes annuels clôturés au 30 juin 2007, qu'elle a par ailleurs déclaré, dans une annexe à sa soumission, que son chiffre d'affaires de l'exercice clôturé au 30 juin 2008 était de 10.863.449,63 euros, la part relative aux travaux de rénovation étant de 6.227.843,55 euros, que son chiffre d'affaires de l'exercice clôturé au 30 juin 2007 était de 11.957.395,59 euros, la part relative aux travaux de rénovation de bâtiments dans ce chiffre d'affaires étant de 5.426.332,14 euros, que son chiffre d'affaires de l'exercice clôturé au 31 décembre 2005 était de 8.901.008,72 euros, la part relative aux travaux de rénovation de bâtiments dans ce chiffre d'affaires étant de 4.822.149,44 euros, qu'il s'agit de ses trois derniers exercices comptables, que son dossier déposé était donc complet, que le premier motif de non-sélection de son offre est manifestement inexact en fait, que, quant au second

motif, tiré de sa capacité technique, la requérante affirme que, disposant d'une agréation de classe 8 en catégorie D pour un chantier de classe 4 catégorie D, elle a déposé la liste de différents travaux qu'elle a estimé pertinents pour la démonstration de sa capacité technique à réaliser le chantier, que, parmi les attestations de bonne exécution fournies, celle de la moindre valeur des travaux, soit 1.765.947,21 euros, représente plus du double de la valeur du marché soumissionné, que l'acte attaqué n'indique pas en quoi la liste déposée est insuffisante de sorte qu'il est dépourvu d'une motivation formelle conforme à la loi du 29 juillet 1991, qu'en outre, l'avis de marché, en énonçant l'obligation de déposer, sans plus de précision, une liste des travaux exécutés au cours des trois dernières années était irrégulier à au moins deux points de vue, que la partie adverse a fondé la sélection qualitative sur une liste de travaux limitée aux trois dernières années alors que l'article 19 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'autorise le pouvoir adjudicateur à réclamer, au nom de la sélection qualitative, que la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, que la partie adverse a donc indûment limité la période sur laquelle peut s'examiner la capacité technique des soumissionnaires, qu'à cet égard, elle a remis une liste contenant certains travaux de plus de trois ans, que l'avis de marché comprenait l'exigence de déposer une liste de travaux réalisés mais s'abstenait d'énoncer sur quel critère l'autorité allait s'appuyer pour juger si cette liste était ou non satisfaisante, que, ce faisant, le pouvoir adjudicateur s'est réservé la possibilité d'une appréciation arbitraire des capacités techniques des soumissionnaires au stade de la sélection qualitative.

Elle rappelle que, selon la Cour de justice de l'Union européenne, il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer de façon univoque dans l'avis de marché les références qu'il entend obtenir, voire même les niveaux à atteindre par les entreprises pour être prises en considération lors de la sélection, et que "la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter, à tous ses stades, notamment celui de la sélection des candidats dans une procédure restreinte, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres" (C.J.C.E., 12 déc. 2002, Universale-Bau AG, C-470/99, pt 93).

La partie adverse répond que, l'offre de la société requérante n'étant pas régulière vu la présence de prix anormaux, elle n'a pas vocation au marché de sorte qu'elle n'a pas intérêt à son premier moyen.

Elle affirme qu'en ce qui concerne la capacité financière, l'avis de marché spécifiait : "III.2.2) Capacité économique et financière : (…) Déclaration

chiffre d'affaires global et chiffre d'affaires au cours des trois derniers exercices", que "la date de remise des offres étant le 18 août 2009, les soumissionnaires devaient déclarer leurs chiffres d'affaires relatifs - aux exercices 2006, 2007 et 2008 si leur exercice comptable coïncidait avec l'année civile, - aux exercices s'étendant du 01/07/2006 au 30/06/2007, 01/07/2007 au 30/06/2008 et du 01/07/2008 au 30/06/2009 si leur exercice comptable prenait cours le 1er juillet d'une année pour se terminer le 30 juin de l'année suivante", les déclarations de la requérante ne couvrent pas la période s'étendant du 01/07/2008 au 30/06/2009, que le pouvoir adjudicateur était parfaitement habilité à écarter son offre pour le motif qu'elle n'avait pas établi sa capacité financière à exécuter le marché, qu'il en irait de même si, par impossible, il était considéré que, vu la proximité entre la fin de l'exercice 2008/2009 et la remise des offres, le 18 août 2009, les soumissionnaires dont l'exercice comptable s'étendait du 1er juillet d'une année pour se terminer le 30 juin de l'année suivante étaient autorisés à déclarer leurs chiffres d'affaires pour les exercices s'étendant du 01/07/2005 au 30/06/2006, 01/07/2006 au 30/06/2007, du 01/07/2007 au 30/06/2008, que, dans ce cas, ce serait la période comprise entre le 01/01/2006 et le 30/06/2006 qui ne serait pas couverte par les déclarations de la société requérante, que, de plus, dans l'offre de celle-ci, seuls les exercices 2006/2007 et 2007/2008 sont attestés par la production d'un bilan de l'entreprise comme l'exigeait l'avis de marché, que le fait que l'auteur du rapport d'analyse des offres n'ait formulé aucune remarque sur la capacité financière et économique du soumissionnaire MOUREAU ne change rien, qu'il relève de la compétence du pouvoir adjudicateur de déterminer si les conditions relatives à cette capacité sont remplies dans le chef des soumissionnaires, qu'en ce qui concerne la capacité technique, dès lors que la société requérante n'a pas établi sa capacité économique et financière à exécuter le marché, elle n'a pas vocation au marché de sorte qu'elle est sans intérêt à invoquer cette branche du moyen, que, sur le fond, les références fournies devaient être postérieures au 1er juillet 2006 ou, à la rigueur, au 1er janvier 2006, que ces références devaient être accompagnées de certificats d'exécution, que, dans son offre, la société MOUREAU a produit une liste de neuf références non datées, et cinq attestations, que ces attestations concernent cependant des travaux réalisés au cours des années 2002 à juillet 2006, 2002 à 2005, 1999 à 2005, 1994 à 2000 et 1995 à 1999, que seule la première attestation se rapporte donc à des travaux réalisés au cours de l'année 2006, et encore à la première moitié de cette année puisqu'elle est datée du 4 juillet 2006, que "cette référence, à supposer qu'elle puisse être prise en considération quoique relative à la première moitié de l'année 2006, est évidemment insuffisante à constituer «une liste de travaux» au sens de l'avis de marché", que, dans ces conditions, le pouvoir adjudicateur était fondé à considérer la liste de travaux produite par la société MOUREAU comme insuffisante, qu'à cet égard, la motivation figurant dans la décision motivée est claire et ne demandait pas d'autres développements sous peine d'exiger du pouvoir adjudicateur

les motifs des motifs, que rien n'empêchait le pouvoir adjudicateur de fixer la période de référence à trois ans, que, les méthodes de rénovation ayant fortement évolué au cours des dernières années, il importe de s'assurer que les soumissionnaires disposent d'une expérience récente et que le premier moyen est dépourvu de fondement.

La requérante réplique, en ce qui concerne la capacité économique et financière, sur la base de références jurisprudentielles et doctrinales, "qu'en l'occurrence pas la moindre précision n'a été apportée quant aux critères retenus à ce titre par la partie adverse, ni même celui, laconique, […] de chiffres d'affaires «suffisant» eu égard à l'importance du marché".

Elle fait valoir, à titre subsidiaire, qu'elle a effectué une déclaration concernant son chiffre d'affaires des trois derniers exercices comptables effectifs, soit un exercice de douze mois du 1er janvier 2005 au 31 décembre 2005, un exercice de dix-huit mois du 1er janvier 2006 au 30 juin 2007 et un exercice de douze mois du 1er juillet 2007 au 1er juillet 2008, que c'est à tort que la partie adverse excipe que la période du 1er janvier 2006 au 30 juin 2006 ne serait pas couverte par les déclarations déposées, que les comptes déposés par elle à la Banque nationale démontrent que l'exercice 2006/2007 couvrait exceptionnellement une période de dix-huit mois, que l'avis de marché n'exigeait pas un bilan pour les trois derniers exercices mais uniquement une présentation de bilan, un extrait de bilan ou un extrait de comptes annuels et qu'il est donc inexact d'affirmer que chacune des déclarations relatives au chiffre d'affaires devait être attestée par la production d'un bilan.

Pour ce qui concerne la capacité technique, la requérante fait valoir que la partie adverse méconnaît l'article 19 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 fixant à cinq ans la période de prise en compte des travaux, que l'affirmation de l'évolution des techniques n'est nullement documentée ou étayée et ne permet pas de se dispenser de l'application de l'arrêté royal, qu'après le 1er janvier 2004, elle a effectué bien plus qu'un seul marché, dont deux atteignent un montant de travaux nettement supérieur à ceux faisant l'objet du marché, que, même en n'ayant égard qu'aux seules dates du 1er juillet ou du 1er janvier 2006, la partie adverse n'a pris en compte qu'un seul chantier en rejetant trois références, que, si aucune attestation n'était jointe, l'article 19 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'impose la production de certificats de bonne exécution que pour les travaux les plus importants.

La requérante soutient que la partie adverse ne pouvait appréhender ipso facto la période d'exécution de ces travaux et que le rapport d'analyse des offres indique que les soumissionnaires avaient déposés les documents requis.

Dans son dernier mémoire, la requérante affirme, quant à la capacité financière, que les questions de la régularité des offres et de la sélection qualitative sont distinctes, que l'omission d'une annexe n'a pas nécessairement les mêmes conséquences selon qu'elle est relative à la sélection qualitative ou liée à l'offre elle-même, que la première omission qui ne concerne que la capacité économique, financière et technique du soumissionnaire, n'a, a priori, pas d'influence sur le contenu de l'offre et la comparaison des offres déposées, que la décision attaquée rejette son offre au seul motif que les déclarations qu'elle a présentées ne couvrent pas l'ensemble de la période demandée, sans rejeter le bilan comptable déposé par elle et sans indiquer que ses déclarations quant à son chiffre d'affaires seraient incompréhensibles, que sa déclaration du 18 août 2009 jointe à son offre fait apparaître que l'exercice 2005 a porté exceptionnellement sur une période de dix-huit mois, que si elle n'a pas déposé de déclaration relative à son dernier exercice comptable, elle ne pouvait faire une déclaration relative à son chiffre d'affaires avant l'approbation de ses comptes et la partie adverse ne pouvait rejeter son offre sans effectuer au préalable une analyse de sa capacité financière à exécuter le marché.

Quant à la capacité technique, la requérante affirme que, contrairement à ce que suggérait son bureau d'architecte, la partie adverse lui reproche d'avoir proposé une liste de travaux insuffisante en prenant en considération la période de trois ans visée par le cahier spécial des charges, alors que l'article 19, alinéa 1er , 2° de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 lui imposait de tenir compte d'une période de cinq ans, que si cette disposition avait été respectée, la liste complète des travaux déposée par la requérante aurait pu être considérée comme suffisante, que, par ailleurs le motif pour lequel la liste des travaux a été considérée comme insuffisante n'a pas porté sur sa capacité technique mais sur la qualité formelle du dossier qu'elle a déposé, alors que l'avis de marché ne précisait pas le nombre minimal de travaux de référence ni leur importance devant figurer sur la liste des soumissionnaires, qu'à défaut d'avoir fixé un tel seuil, la partie adverse ne pouvait exclure un soumissionnaire au seul motif que sa liste était jugée insuffisante, mais elle devait examiner les documents déposés et décider si, au regard de ces documents et de sa classe d'agréation, la requérante disposait de la capacité à réaliser le marché, ce que n'établissent pas les motifs de l'acte attaqué.

V.2. Décision du Conseil d'Etat

Pour ce qui concerne la capacité financière, l'avis de marché mentionnait ce qui suit :

" III.2.2) Capacité économique et financière :

Renseignements et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies :
Présentation de bilan et extrait de bilan ou comptes annuels
Déclaration chiffre d'affaires global et chiffre d'affaires au cours des trois derniers exercices".

La date de remise des offres était le 18 août 2009.

Le rapport d'analyse des offres, qualifié de "Rapport des soumissions", signé des auteurs de projet Bernard VANDENBROUCKE et Dominique REUL, comporte un point "B SÉLECTION QUALITATIVE".

On y lit les trois phrases suivantes, la première écrite en italique :

"Voir Tableau Sélection qualitative ci-joint.

Sur le plan administratif, toutes les offres sont conformes et sélectionnées.
Les soumissionnaires ont en outre déposé les documents administratifs requis".

Il faut se reporter à la liste des annexes figurant dans le même rapport pour constater qu'y est annoncé : "A.2.Tableau de sélection qualitative".

Le premier auditeur rapporteur a relevé, dans des "observations préalables" à l'examen du moyen, que, malgré la demande qu'il lui avait adressée à cette fin, la partie adverse n'avait pas déposé l'intégralité du dossier administratif et que "n'y figurent pas les annexes au rapport d'analyse des offres, dont en l'espèce l'annexe A2 «tableau de sélection qualitative» dont les auteurs du rapport d'analyse des offres ont déduit que la requérante satisfaisait aux conditions de sélection qualitative fixées par l'autorité adjudicatrice".

La partie adverse n'a pas entendu expliquer cette lacune, moins encore y remédier.

Dans son dernier mémoire, elle ne fait pas mention du premier moyen.

Dans le procès-verbal de la séance du conseil d'administration de la partie adverse, du 30 septembre 2009, on peut lire ce qui suit sous le titre :

" RAPPORT D'ANALYSE DES OFFRES
MARCHE DE TRAVAUX POUR LA RENOVATION DE 48 LOGEMENTS
A HACCOURT PAR ADJUDICATION PUBLIQUE
LOT UNIQUE

[…]

2. Analyse des offres

Monsieur D'AMICO et Maître HENROTTE font observer qu'au niveau de la sélection des candidats, le soumissionnaire MOUREAU ne fournit pas les

déclarations demandées dans l'avis de marché (chiffre d'affaire fourni ne couvre pas la période demandée. La liste des travaux est insuffisante et ne démontre pas les capacités techniques du soumissionnaire)".

Cette déclaration émane du Directeur-Gérant de la partie adverse et de son conseil.

Elle contredit à l'évidence le point "B. Sélection qualitative" du rapport des soumissions, établi par les auteurs de projet Bernard VANDENBROUCKE et Dominique REUL.

Au même procès-verbal, figure encore, sous un point 3. "Proposition de décision", la mention suivante :

" De déclarer irrégulière l'offre du soumissionnaire François MOUREAU d'Ans :
1. Pour deux raisons tenant à la sélection des candidats. Une portant sur le point III.2.2 de l'avis de marché. Les déclarations présentées ne couvrent pas l'ensemble de la période demandée.
L'autre portant sur le point III.2.3 de l'avis de marché. Le soumissionnaire propose une liste considérée comme insuffisante".

Toujours selon le même procès-verbal, le conseil d'administration de la partie adverse a fait sienne cette proposition, puisque, dans sa décision, il vise "le rapport d'analyse d'offres ci-annexé" et déclare l'offre de l'entreprise MOUREAU irrégulière.

Sans avoir à décider si la requérante satisfaisait ou non à l'exigence, au demeurant imprécise, portant sur la "Déclaration chiffre d'affaires global et chiffre d'affaires au cours des trois derniers exercices", elle ne peut qu'être suivie en ce qu'elle reproche à la partie adverse de ne pas justifier, par les termes de la décision attaquée, la position, contraire à celle des auteurs du "Rapport des soumissions", qu'elle a prise quant à la sélection de son offre, ainsi qu'en ce qu'elle lui reproche de conclure à l'irrégularité de celle-ci "pour deux raisons tenant à la sélection des candidats", confondant ainsi les conditions, cependant bien distinctes, de la sélection qualitative et celles de la régularité de l'offre.

En ce qu'il est pris de l'absence de motif légalement admissible et de la violation de la loi du 29 juillet 1991 par la décision qui rejette l'offre de la requérante au stade de la sélection qualitative et qui déclare celle-ci irrégulière, le premier moyen est bien fondé.

VI. DEUXIEME MOYEN

VI. 1. Arguments des parties

La requérante prend un deuxième moyen "de la violation du principe d'égalité des soumissionnaires, notamment consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution,
- de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- de l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics".

La requérante soutient que les chiffres énoncés par le rapport d'adjudication et la décision d'attribution font apparaître qu'il existe une différence de seulement 230,36 euros entre son offre et celle de la société WUST, qui a été retenue, que son offre est, par ailleurs, seulement inférieure de 4% à la moyenne des offres calculées conformément à l'article 110, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, que le premier acte attaqué rejette cependant son offre en raison de certains prix unitaires jugés anormalement bas, que, s'agissant du contrôle des prix anormaux et lorsque l'article 110, § 4, de l'arrêté royal précité ne s'applique pas, le Conseil d'État reconnaît un pouvoir d'appréciation important au pouvoir adjudicateur, d'une part, quant à la décision de contrôler ou non les prix des soumissions et, d'autre part, quant à la décision de qualifier ou non un prix d'anormal, que l'exercice de ce double pouvoir discrétionnaire doit cependant se faire dans le respect du principe de l'égalité des soumissionnaires, qu'en choisissant de contrôler les prix unitaires de sa soumission alors que ce contrôle n'était pas obligatoire selon l'article 110 de l'arrêté royal précité, la partie adverse a lié sa compétence quant à l'obligation de contrôler les différents prix du métré du soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse, qu'une fois son offre écartée, la partie adverse avait donc l'obligation d'au moins vérifier les prix contenus dans l'offre de la société WUST, deuxième société la moins-disante, que la décision d'attribution et le rapport du bureau d'architectes font apparaître que seule son offre a fait l'objet d'un contrôle des prix unitaires, qu'au vu de la faible différence existant entre le prix global de son offre et celui de la société WUST (230,36 euros), l'offre de celle-ci doit être "émaillée de prix unitaires apparemment anormaux", qu'il n'apparaît pas de la décision d'attribution que ces prix unitaires auraient fait l'objet d'une vérification de la part du pouvoir adjudicateur, que son offre et celle de la société WUST ont donc été traitées différemment, sans justification objective et que, partant, le principe d'égalité entre soumissionnaires a été violé.

La partie adverse répond qu'en premier lieu, la requérante n'a pas intérêt à ce moyen puisque son offre devait être écartée au stade de la sélection qualitative, antérieur à celui de la vérification de la régularité des offres, et que, dès lors, n'ayant pas vocation au marché, quand bien même son offre aurait dû être considérée comme régulière, elle ne pourrait obtenir le marché faute d'avoir été sélectionnée, que, de plus, plusieurs de ses propres prix sont anormalement bas, rendant son offre irrégulière, que le moyen est donc irrecevable, que, sur le fond, le rapport d'analyse des offres établit que le pouvoir adjudicateur a contrôlé les prix unitaires de chaque soumissionnaire et que, pour six postes, ces prix sont apparus comme étant prima facie anormaux, qu'il s'agit des prix relatifs aux postes 60.52.01, 60.52.02, 60.52.03, 65.42.01, 65.42.02 et 65.42.03, qu'il résulte de la pièce 15 que les prix remis par la société requérante étaient de 860 euros pour les trois premiers postes alors que les prix remis par la société WUST étaient de 1.417,45 euros pour le premier poste et 1.707,29 euros pour les deux autres, que les prix remis par la société requérante étaient de 202 euros pour les trois derniers postes alors que les prix remis par la société WUST étaient de 1.695,67 euros, 682,55 euros et 804,96 euros, que, de plus, pour l'ensemble de ces postes, les prix remis par la société requérante représentaient 41% de la moyenne des offres tandis que les prix de la société WUST en représentaient 103,4%, que, par conséquent, la situation des deux soumissionnaires étant complètement différente, le pouvoir adjudicateur a pu, sans enfreindre le principe d'égalité, demander à la seule société requérante de justifier ses prix.

En réplique, la requérante fait valoir qu'elle a certes remis des prix peu élevés par rapport aux autres sociétés concernant les postes qui figurent dans la pièce n° 15 de la partie adverse, que la différence de prix global entre l'offre de la société WUST et la sienne étant de l'ordre de 230 euros, il est logique de penser que, sur d'autres postes du marché, la société WUST a remis des prix inférieurs aux siens, qu'il est donc envisageable que sur d'autres postes du marché, les prix de la société WUST soient apparemment anormaux, que le tableau déposé par la partie adverse démontre d'ailleurs que les prix de la société WUST pour les postes 65.42.02 et 65.42.03, pour lesquels elle a été interrogée, sont très inférieurs à ceux de ses concurrents, de sorte qu'ils devaient être jugés apparemment anormaux et faire l'objet d'une vérification, que la partie adverse admet ne pas avoir demandé de justifications de prix à la société WUST, que, sur la base du seul tableau comparatif, il apparaît que la partie adverse a fait une application différenciée, c'est-à-dire plus ou moins sévère, de son pouvoir d'appréciation quant au caractère normal des prix contenus dans les offres, en fonction de la société ayant déposé l'offre, que, même lorsqu'il exerce un pouvoir discrétionnaire, il appartient au pouvoir adjudicateur de traiter tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité et donc d'envisager les différentes offres en fonction des mêmes critères et avec la même sévérité, que la décision d'éviction a été

prise en dépit du principe d'égalité, que, malgré ses demandes répétées, la partie adverse refuse de déposer un dossier administratif complet comportant l'ensemble des offres déposées et un tableau complet de comparaison des prix unitaires, qu'à défaut pour la partie adverse de déposer un dossier complet, le Conseil d'État est mis dans l'impossibilité de vérifier si le principe d'égalité entre les soumissionnaires a été respecté, qu'il convient dès lors de considérer comme avérés les faits invoqués dans la requête en annulation, notamment quant au caractère apparemment anormal de certains prix de la société WUST et que, la partie adverse admettant ne pas avoir contrôlé les prix de la société WUST, la discrimination résultant du traitement différencié des deux offres comportant des prix apparemment anormaux est démontrée.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse admet que le document qu'elle a produit comme étant l'annexe A 9 relative au contrôle du caractère anormal des prix porte un début de titre dactylographié intitulé "Annexe A12", mais affirme que le numéro A9 mentionné de façon manuscrite dans le coin supérieur droit de la page correspond au titre "Contrôle du caractère normal des prix dans l'inventaire du rapport des soumissions rédigé par le bureau Bernard VANDENBROUCKE et Dominique REUL et que le titre dactylographié comprend aussi une référence à un "tableau n° 6" sans incidence sur la pièce.

Elle conclut qu'il est erroné d'affirmer que les éléments du dossier administratif nécessaires à la recherche de prix apparemment anormaux figurant dans l'inventaire en pièce 7, annexe 9, n'ont pas été déposés par la partie adverse.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

En substance, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir adressé à la société WUST, comme elle l'a fait à elle-même, une demande de justification de prix alors qu'une différence de seulement quelque 230 euros sépare les deux offres.

Malgré les demandes répétées du premier auditeur rapporteur tendant à ce que soit déposé l'ensemble des pièces d'examen des soumissions, l'annexe A9 "Contrôle du caractère anormal des prix", mentionnée dans le rapport d'analyse des offres émanant du bureau d'architectes, n'a pas été transmise en temps utile et la pièce 20 du dossier administratif ne correspond pas à cette annexe A9.

Les explications apportées à ce sujet par la partie adverse dans son dernier mémoire, à les supposer pertinentes, sont tardives

A défaut de pouvoir établir que la recherche de prix anormaux a été effectuée sur l'ensemble des offres, en application de l'article 21, alinéa 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, les faits sont réputés prouvés.

Le deuxième moyen est fondé.

VII. TROISIEME MOYEN

VII. 1. Arguments des parties

La requérante prend un troisième moyen "de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'absence de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles et de la violation :
- des articles 96 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;
- de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs".

Elle affirme que, concernant les postes 60.52.01/02/03, elle a expliqué avoir eu recours à la sous-traitance et avoir fondé son prix sur la base d'offres remises par des sous-traitants dans des marchés récents comparables, qu'elle a également attiré l'attention du pouvoir adjudicateur sur le fait qu'un écart de prix unitaire de plus de 15% ne paraissait pas anormal, que, concernant les postes 65.42.01/02/03, elle a expliqué que "le coût de l'installation des canalisations dépendant du nombre de corps de chauffe à installer, ces trois postes n'ont pu que faire l'objet d'une estimation groupée avec celle du poste «65.61. Eléments de chauffage et accessoires-radiateurs à panneaux» puis a énoncé la manière dont les postes 65.42.01/02/03 et 65.61 avaient été évalués globalement et avaient fait l'objet d'une répartition", que l'éventuel caractère anormalement bas des postes 65.42.0/02/03, totalisant 11.716 euros, devait être analysé en y ajoutant le poste 65.61 totalisant 34.220 euros et que le caractère anormalement bas de ces six postes devait être apprécié en fonction de la totalité du poste "fluides", qui totalisait 349.682 euros, soit plus de 45 % de la valeur totale de l'offre.

Elle fait valoir que le pouvoir adjudicateur, examinant ces justifications, a estimé que les prix dont elle affirmait qu'ils étaient ceux de ses sous-traitants dans d'autres marchés n'étaient pas objectivés par de la documentation, qu'il n'y avait pas de correspondance entre les prix énoncés dans ses justifications, soit 539,74 euros et 756,30 euros, et l'estimation (835,05 euros) qui a servi à calculer le prix remis dans le cadre de ce marché (860,05 euros), que la répartition entre les postes 65.42.01/02/03

et 65.61 était arbitraire et contraire à l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Elle soutient que, dans les demandes de justification qui lui ont été adressées, la partie adverse n'a pas exigé que soit déposée une documentation aux fins d'expliciter les prix unitaires pour lesquels elle était interrogée, qu'elle a précisé qu'elle recourait à la sous-traitance pour la réalisation des postes critiqués, que son estimation était basée sur une comparaison avec des chantiers de rénovation de logements sociaux en cours de réalisation, les prix étant fixés sur la base des montants réclamés par des sous-traitants sur ces autres chantiers comparables, majorés d'une marge de sécurité et des coefficients couvrant les frais indirects et la marge bénéficiaire, que cette justification était conforme en son principe à la demande qui lui était adressée, que l'on peut s'étonner que la partie adverse ait conclu ipso facto au caractère anormalement bas de ses prix pour les postes concernés alors que, dans sa globalité, son offre présente une différence de prix de 230,36 euros par rapport à celle de la société WUST, qu'écarter une offre pour prix unitaires anormalement bas alors que le marché est octroyé à une société ayant remis un prix global pratiquement identique relève de l'erreur manifeste d'appréciation, que les sous-traitants renseignés par elle sont connus pour être sérieux et aptes à garantir un travail de qualité pour les prix avancés, que l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 est invoqué à mauvais escient dans l'acte attaqué, que cette disposition contraint le soumissionnaire à répartir tous les frais généraux et financiers ainsi que le bénéfice sur les différents postes du métré récapitulatif proportionnellement à l'importance de ceux-ci, qu'il n'est pas démontré qu'elle aurait appliqué des taux différents de couverture de frais généraux et financiers sur les postes du métré concernés, qu'il est, en outre, impossible pour les soumissionnaires de procéder à une forme de préfinancement puisque le marché est en fait constitué de 48 petits chantiers différents qu'il est exclu de réaliser en parallèle, que chaque poste du métré sera utilisé pour chacun de ces chantiers, qui seront réalisés successivement et donc qu'en procédant à une évaluation globale du coût de ces chantiers, concernant des postes 65.42.01/02/03 et 65.61 dont la réalisation est intimement liée, elle n'a pas enfreint le prescrit de l'article précité.

En réponse, la partie adverse affirme que, faisant application de l'article 110, § 2 et 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1993, elle a demandé à la société MOUREAU de justifier ses prix relatifs aux postes 60.52.01/02/03 et 65.42.01/02/03, que la société MOUREAU a répondu par un courrier du 31 août 2009, que celle-ci a confirmé les prix unitaires, qu'il ressort de la décision d'attribution et du rapport d'adjudication que, si le pouvoir adjudicateur a estimé qu'en définitive, l'offre de la société MOUREAU contenait des prix anormaux, c'est pour les raisons suivantes :

" - la société MOUREAU a prétendu se fonder sur les prix de sous-traitants sans fournir le moindre document établissant ces prix;
- sur les postes litigieux, la différence de prix avec le soumissionnaire placé en deuxième lieu était de 80.000 EUR, ce qui représentait 10% du montant du marché;
- les postes litigieux représentaient une part importante du marché (6,86% pour la société MOUREAU, 15, 51% à 19, 73% pour les autres soumissionnaires);
- il n'y avait pas de correspondance entre le prix prétendument demandé par les sous-traitants et l'estimation qui a servi à remettre le prix dans le cadre du présent marché;
- contrairement aux autres soumissionnaires, la société MOUREAU a remis le même prix pour les postes 60.52.01, 60.52.02 et 60.52.03 et les prix 65.42.01, 65.42.02 et 65.42.03;
- de l'aveu même de la société MOUREAU, la répartition de l'estimation entre les postes 60.52.01, 60.52.02 et 60.52.03 et le poste 65.61 est arbitraire et donc contraire à l'article 96, § 4 de l'A.R. 8/1/1996".

La partie adverse entend rappeler qu'il lui appartient de déterminer si les justifications apportées par le candidat soumissionnaire sont suffisantes, que, selon une jurisprudence constante, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation des justifications fournies par un soumissionnaire dans le cadre de la procédure de contrôle du caractère apparemment anormal des prix d'une soumission, prévue par l'article 110, § 3, précité, qu'il revient au soumissionnaire qui justifie ses prix par ceux qui lui ont été remis par ses sous-traitants d'établir ces prix, que nul n'est cru sur parole, que le pouvoir adjudicateur doit s'assurer que le soumissionnaire respectera les prix annoncés dans son offre et que ceux-ci pourront être concrètement maintenus, sous peine de s'exposer à de graves conséquences négatives notamment sur la qualité des commandes réalisées, que, par un arrêt n° 147.377 du 6 juillet 2005, il a été jugé que :

" […] ne saurait constituer une justification au sens de l'article 110, § 3, précité, le renvoi général à d'éventuelles soumissions qui ont été déposées pour des travaux non spécifiés et auprès d'un autre pouvoir adjudicateur dès lors que ces soumissions ne sont pas produites ou explicitées par l'auteur desdites justifications, une telle référence reposant sur une simple affirmation du soumissionnaire concerné sans qu'aucun élément susceptible d'être contrôlé soit effectivement soumis au pouvoir adjudicateur".

La partie adverse conclut qu'elle était fondée à ne pas prendre en considération l'explication selon laquelle les prix remis par la société MOUREAU étaient des prix de sous-traitants dès lors que ces prix n'étaient étayés par aucun document, qu'il en allait d'autant plus ainsi qu'il n'y avait pas de correspondance entre les prix prétendument demandés par les sous-traitants et l'estimation qui aurait servi à calculer le prix remis dans le cadre de ce marché, que, dans ses justifications, la société MOUREAU n'indiquait pas la méthode qu'elle avait utilisée pour parvenir aux estimations précitées, que le même prix a été remis pour les postes

60.52.01/02/03, d'une part, et les postes 65.42.01/02/03, d'autre part, alors que le contenu des postes était différent, que les différences entre ces prix et ceux remis par les autres soumissionnaires sont importantes, que ces prix représentent une part importante du marché, que le fait d'affirmer que les 29 sous-traitants ont une bonne réputation n'est pas probant, que le courrier du 31 août 2009 ne contient aucune référence aux marchés de rénovation "relevant du programme exceptionnel d'investissement (P.E.I.) soutenu par la société wallonne du logement", lesquels ont été exécutés pour d'autres pouvoirs adjudicateurs que LE CONFORT MOSAN, que l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 interdit de répartir des prix de manière arbitraire sur plusieurs postes sous peine de rendre la comparaison des offres impossible et que, dès lors que la société MOUREAU reconnaissait elle-même qu'elle avait procédé à des répartitions arbitraires, son offre devenait irrégulière et que LE CONFORT MOSAN n'avait d'autre choix que de l'écarter.

En réplique, la requérante réaffirme que la différence de prix entre son offre et celle de l'adjudicataire est de l'ordre de 230 euros sur un montant total de 772.617, 24, offre de la société anonyme WUST, que le prix de l'adjudicataire n'a pas été considéré comme apparemment anormalement bas, qu'au vu de la faible différence avec celui de la société MOUREAU, il aurait également dû être contrôlé, que la partie adverse a rejeté les prix de sous-traitance sans mentionner le prix remis par les concurrents et sans comparer avec l'évaluation réalisée par l'auteur de projet, que, dans sa justification des prix des postes 65.42.01/02/03, elle a indiqué que "le coût de l'installation des canalisations dépendant du nombre de corps de chauffe à installer, ces trois postes n'ont pu que faire l'objet d'une estimation groupée avec celle du poste 65.61 Eléments de chauffage et accessoires - radiateurs à panneaux", ainsi que cela est généralement le cas dans les marchés de rénovation, que, par l'acte attaqué, la partie adverse ne conteste pas que ces quatre postes différents sont à ce point liés qu'ils ne peuvent faire l'objet d'une évaluation séparée, qu'"elle s'offusque cependant de la répartition «arbitraire» du prix global entre les quatre postes, répartition qui ne serait pas conforme à l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996", que, par un arrêt n° 197.647 du 6 novembre 2009, il a été jugé que "cette règle permet également le contrôle du caractère anormal ou non des prix proposés, ce qui serait rendu impossible par une répartition des frais et des bénéfices au bon gré des soumissionnaires", que l'article 96, § 4 exige seulement que les frais généraux et financiers divers ainsi que le bénéfice soient répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci, sans viser l'hypothèse présente, étant la répartition des prix de revient entre divers postes du métré indissociablement liés, qu'il n'y a pas lieu à application de cette disposition, qu'en tout état de cause, il est, dans ce type de marché, matériellement impossible de spéculer sur la réalisation en premier lieu de certains postes, que le marché est en effet relatif à la réalisation de

quarante-huit petits chantiers différents, exécutés successivement et faisant tous intervenir chacun des postes, qu'elle n'a donc pas spéculé sur les prix en répartissant le prix global des corps de chauffe et des canalisations de chauffage, que la partie adverse est responsable de la nécessité de réaliser certaines répartitions entre différents postes, qu'il existe en effet une quantité impressionnante de postes pour lesquels le métré reprend la mention "pour mémoire (PM)", ceux-ci représentant un coût que les soumissionnaires doivent bien répercuter dans leur offre, que les soumissionnaires doivent alors déterminer eux-mêmes de quel poste se rapproche le plus le poste mentionné "PM" et augmenter ce prix unitaire en conséquence, que, de ce fait, des différences de prix importantes peuvent se créer entre soumissionnaires, selon les choix de répartition qu'ils sont amenés à effectuer, que la partie adverse, qui est à l'origine de ce problème, doit nécessairement y être attentive lorsqu'elle examine les prix unitaires des soumissions, qu'une part d'appréciation intervient nécessairement dans la détermination du prix unitaire d'une tuyauterie de chauffage puisque le tracé, les accessoires et le temps de mise en œuvre des tuyauteries sont liés au nombre et aux dimensions des corps de chauffe à placer et à la configuration des lieux d'installation, que le métré contient en outre un poste unique, le 65.42.01, qui concerne à la fois des appartements de une chambre avec quatre corps de chauffe et des appartements de une chambre avec cinq corps de chauffe, que le coût des tuyauteries est nécessairement différent pour ces deux types d'appartements, que cette différence ne peut s'expliquer que par le poste relatif aux corps de chauffe (65.61), ce qui implique une répartition entre les postes 65.42.01 et 65.61 du métré, que, dans ce contexte, l'écartement d'une offre pour prix unitaires anormalement bas alors que le marché est octroyé à une société ayant remis un prix global pratiquement identique relève bien de l'erreur manifeste d'appréciation, que la partie adverse lui reproche d'avoir remis un même prix pour les postes 60.52.01, 6052.02 et 60.52.03 alors que les prestations visées sont nécessairement différentes selon qu'elles interviennent dans un appartement, une maison trois chambres ou une maison quatre chambres, que, contrairement à ce que sous-entend la partie adverse, les différences entre les trois postes sont peu importantes, que les prix unitaires des autres soumissionnaires le démontrent :

" - dans l'offre de la société WUST, le prix remis pour les travaux dans une maison 3 chambres et celui remis pour les travaux dans une maison 4 chambres est identique (EUR 707,29).
Le prix n'est que de 17% inférieur (EUR. 1.417,45) s'agissant de réaliser les travaux dans un appartement.
-La SPRL THOMASSEN a également remis des prix identiques (EUR. 1521,58) pour les trois postes, de même que la S.A. BATITEC (EUR 1401,30)".

La requérante affirme enfin qu'une remarque comparable peut être faite concernant les postes 65.42.01/02/03 et que, à moins de considérer que les offres des

sociétés THOMASSEN, BATITEC et WUST contiennent également des prix anormaux, la partie adverse ne pouvait conclure que l'utilisation des mêmes prix pour les trois postes en question était révélatrice d'un prix anormal.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dès lors que l'illégalité révélée à l'examen du deuxième moyen vicie l'ensemble de la procédure de contrôle des prix, il s'impose de décider que c'est à tort que la partie adverse a déclaré irrégulière, à raison du caractère anormal de certains des prix proposés, l'offre de la requérante, de sorte que le moyen doit être déclaré fondé.

Le troisième moyen est fondé.

Les trois moyens étant fondés, c'est en vain que la partie adverse excipe du défaut d'intérêt de la requérante.

Dès lors, la troisième exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

Pour le surplus, en ce qu'elle poursuit l'annulation de la décision "de ne pas attribuer le marché à la requérante", la requête ne peut être accueillie, aucun des moyens reconnus fondés n'aboutissant à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Articles 1er.

Sont annulées les décisions prises par le conseil d'administration de la S.C.R.L. LE CONFORT MOSAN le 30 septembre 2009 de déclarer l'offre de l'entreprise MOUREAU irrégulière et d'attribuer le marché de rénovation de quarante-huit logements de la cité J.J. COLLARD à Haccourt à l'entreprise WUST.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le dix-huit février deux mille quatorze par :

M^me^	Odile DAURMONT,	Président de chambre,
MM.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
	David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
	Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé, Le Président,

Charles-Henri VAN HOVE. Odile DAURMONT.