CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 245.960 du 30 octobre 2019

A. 220.742/VI-20.903

En cause : **la société anonyme GALERE**,
ayant élu domicile chez
M^es André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
rue Jules Cockx 8-10
1160 Bruxelles,

contre :

la commune de Fosses-la-Ville,
ayant élu domicile chez
M^e Christophe THIEBAUT, avocat,
boulevard de la Woluwe 62
1200 Woluwe-St-Lambert.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 17 novembre 2016, la société anonyme GALERE demande l'annulation de "la décision du 15 septembre 2016 prise par la commune de Fosses-la-Ville par laquelle elle attribue à la S.A. BAJART un marché public de travaux portant sur la restauration de la collégiale Saint-Feuillen de Fosses-la-Ville, régi par le cahier spécial des charges n° 00-A-007-A".

II. Procédure

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Le dossier administratif a été déposé.

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

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

M^me^ Elisabeth WILLEMART, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 19 février 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 mars 2019 à 10 heures.

M. David DE ROY, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e^ Renaud SIMAR, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Christophe THIEBAUT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Elisabeth WILLEMART, premier auditeur, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits utiles

1. La partie adverse lance un marché public de travaux portant sur la restauration de la collégiale Saint-Feuillen de Fosses-la-Ville. L'avis de marché est publié dans le bulletin des adjudications. Le mode de passation choisi est l'adjudication publique.

L'objet du marché est décrit comme suit dans le cahier spécial des charges :

" Le marché consiste en la restauration de la Collégiale Saint-Feuillen de Fosses-la-Ville – enveloppe extérieure – située place du chapitre 3 à 5070 Fosses-la-Ville.
Il s'agit de prendre les mesures de conservation nécessaires au sens de l'article 345, 7° du Code wallon de l'Aménagement du Territoire, de l'Urbanisme et du Patrimoine (C.W.A.T.U.P.E.), à l'égard du bien immobilier, propriété du Pouvoir

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

adjudicateur.
Plus précisément, le marché a pour objet :
- Partie 1 : La consolidation et/ou restauration des maçonneries et des pierres de taille;
- Partie 2 : La restauration des charpentes et des toitures;
- Partie 3 : La protection des verrières ainsi que leur restauration;
- Partie 4 : Stabilité / maçonneries et charpente.

Ces travaux sont repris en détail au descriptif des travaux et spécifications techniques et dans les plans qui sont annexés au présent cahier spécial des charges.
Ils font l'objet d'un permis d'urbanisme accordé conformément au code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, du patrimoine et de l'énergie.
L'attention de l'entrepreneur est attirée sur le fait qu'il s'agit d'un bâtiment classé faisant l'objet d'un arrêté ministériel de classement".

2. Le 10 septembre 2015 se tient la séance d'ouverture des offres. Six offres sont reçues, de la part des entreprises suivantes :

- la S.A. BAJART (2.479.724, 20 euros)
- la S.A. GALERE (2.723.360, 00 euros)
- la S.M. STRABAG BELGIUM N.V. LIEGEOIS S.A. (2.839.597, 61 euros)
- la S.A. A.C.H. CONSTRUCT (2.900.000, 00 euros)
- la S.M. GROUPE THIRAN S.A. – LIXON S.A. (2.951.927, 09 euros)
- la S.A. MONOMENT HAINAUT (2.991.162, 49 euros)

3. Le 5 décembre 2015, l'auteur de projet adresse à tous les soumissionnaires une demande de justification de prix unitaires apparemment anormalement bas ou anormalement haut.

La S.A. BAJART répond le 18 décembre 2015.

Pour chaque poste soumis à la demande de justification, elle fait parvenir au pouvoir adjudicateur une fiche, établie sur le modèle suivant :

Art. xx.xx xxxxx : FF xx, xx €

Description	Rendement	Unité	Coût unitaire	Coût total
xxx				
xxx				
xxx				
xxx				

Prix de revient (au FF)	**xxx**
Installation de chantier répartie (xx, xx %)	xxx
Frais généraux et bénéfices (xx, xx %)	xxx
Prix unitaire de vente (au FF)	**xxx**

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

Il ressort des justifications de la S.A. BAJART, que certains postes comprennent des prestations réalisées en sous-traitance et que, pour ces postes, la S.A. BAJART compte 10 % de frais généraux et bénéfices , alors qu'elle compte 15 % de frais généraux et bénéfices sur les prestations et fournitures réalisées en interne.

4. Un rapport d'analyse des offres est établi le 15 février 2016 par l'auteur de projet. Il conclut que :

- tous les soumissionnaires peuvent être sélectionnés;
- les offres de STRABAG-LIÉGEOIS, ACH, THIRAN-LIXON et MONUMENT HAINAUT sont irrégulières (prix unitaires non valablement justifiés);
- les offres de BAJART et GALÈRE sont régulières (justifications acceptées).

En ce qui concerne, plus particulièrement, le contrôle des prix, ce rapport comporte les considérations suivantes :

" 12. Examen des prix anormaux

Prix globaux :
Les prix globaux sont vérifiés en appliquant la règle de 15 % en moins par rapport aux offres, après avoir exclu les offres les plus basse et élevée.
Le montant moyen des 4 offres est de 2.771.043, 36 €.
Moins 15% : 2.355.386, 86 €
Les montants globaux des 6 soumissionnaires sont compris dans cette tranche.

Prix unitaires :
Tous les prix unitaires sont vérifiés. Les entreprises sont interrogées par recommandé. Ces courriers font état de tous les prix unitaires à justifier et comme apparaissant comme anormalement bas ou anormalement hauts.
Les entreprises répondent toutes par recommandé.

STRABAG-LIÉGEOIS AM […]
Dès lors, l'offre est considérée comme irrégulière

BAJART répond en justifiant les prix avec le détail des coûts de matériaux, location et main d'œuvre. Tous les rendements sont indiqués. Le soumissionnaire scinde également tous les prix par rapport aux travaux en interne et les travaux en sous-traitance et la répartition des frais généraux et bénéfices se fait aussi de manière distincte (10 et 15%).
Tous les prix sont analysés par l'auteur de projet. Il apparaît que les prix sont calculés correctement, de manière transparente (voir tableau d'analyse auteur de projet).
L'offre est donc considérée recevable et les prix remis sont acceptés.

GALÈRE […]
L'offre est donc considérée recevable et les prix remis sont acceptés.

ACH […]
Dès lors, l'offre est considérée comme irrégulière

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

THIRAN-LIXON AM […]
Dès lors, l'offre est considérée comme irrégulière

MONUMENT […]
Dès lors, l'offre est considérée comme irrégulière".

Il est proposé d'attribuer le marché à la S.A. BAJART pour un montant de 2.484.491, 61 euros HTVA (3.006.234,85 euros TVAC).

5. Une décision d'attribution, conforme au rapport d'analyse, est adoptée par la partie adverse le 25 février 2016.

Elle est communiquée aux soumissionnaires par un courrier du 26 février 2016.

Le 29 avril 2016, la société GALÈRE introduit un recours en annulation contre cette (première) décision. Il est enrôlé sous le n° A.219.124/VI-20.776.

Le 11 août 2016, la partie adverse retire sa première décision d'attribution. La décision de retrait est essentiellement motivée comme il suit :

" Considérant le recours en annulation introduit par la S.A. GALÈRE devant le Conseil d'État sous le numéro G/A 219.124/VI-20.776 invoquant une irrégularité dans l'offre de la S.A. BAJART en ce que celle-ci a appliqué deux taux distincts pour les frais généraux et bénéfices, que l'article 15 de l'A.R. du 15 juillet 2011 précité exige que «tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que les bénéfices, [soient] répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci», que la jurisprudence du Conseil d'État est fixée en ce sens que l'application de taux distincts pour les frais généraux et bénéfices n'est pas autorisée et entraîne l'irrégularité de l'offre".

6. Le 15 septembre 2016, la partie adverse décide de retirer la décision de retrait du 11 août 2016, de retirer la décision d'attribution du 25 février 2016 et d'attribuer le marché à la S.A. BAJART, pour un montant de 2.484.491,61 euros HTVA.

Les considérants essentiels de cette décision du 15 septembre 2016, qui constitue l'acte attaqué par le présent recours, se lisent comme suit :

" Considérant, s'agissant de la décision de retrait du 11 août 2016 – qui est toujours susceptible de faire l'objet d'un recours au Conseil d'État et qui n'est donc pas définitive –, que le motif retenu pour la justifier – qui renvoie à l'utilisation de «deux taux distincts pour les frais généraux et bénéfices» sans faire référence aux postes –, apparaît trop général;

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

Qu'en effet, l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ne proscrit pas que les frais généraux, d'une part, et les bénéfices, d'autre part, soient calculés selon des taux distincts, mais il prévoit que ceux-ci, quand bien même ils feraient l'objet de taux distincts, soient répartis de manière proportionnelle sur les différents postes – ce qui est différent–;

Considérant, s'agissant toujours de la décision de retrait du 11 août 2016, qu'elle fait également abstraction du régime des irrégularités institué par l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;

Que tout en distinguant les irrégularités «formelles» – qui concernent la forme – et «matérielles» – qui touchent au contenu – des offres, l'article 95 précité fait la distinction entre les irrégularités qui doivent être considérées comme substantielles – qui entraînent la nullité absolue de l'offre – et celles qui ne le sont pas – pour lesquelles il appartient au pouvoir adjudicateur de décider, le cas échéant, de la nullité de l'offre –;

Que la méconnaissance de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui doit être considérée comme une irrégularité matérielle et à la supposer établie, est assimilée par l'article 95, § 3, alinéa 2, à une «irrégularité non substantielle»; qu'il précise, en ce sens, que ne sont pas substantielles, les irrégularités liées à la méconnaissance des dispositions du «chapitre 1er, sections 7 à 11», l'article 15 figurant précisément dans la section 9 de ce chapitre; qu'en d'autres termes, c'est moyennant une motivation spécifique, et non de manière automatique, comme le fait la décision de retrait du 11 août 2016, qu'une éventuelle méconnaissance de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 peut entraîner la nullité de l'offre;

Considérant que pour les motifs énoncés ci-dessus, il y a lieu de retirer la décision de retrait du 11 août 2016;

Considérant que, compte tenu du retrait de la décision du 11 août 2016 qui a elle-même retiré la décision d'attribution du 25 février 2016, cette dernière «revit»;
Que, comme cela est dénoncé dans le recours en annulation de la S.A. GALERE, la motivation de la décision d'attribution du 25 février 2016 et du rapport d'attribution auquel il est renvoyé, pourrait être considérée, au niveau de la justification des prix, comme nécessitant d'être plus étayée, ce qui justifie de la retirer;
Considérant que l'analyse des offres impose de vérifier le respect des exigences de sélection, d'examiner la régularité des offres et, enfin, de procéder à leur comparaison;
[…]
Considérant, s'agissant de la régularité des offres et sans préjudice de la vérification des prix, que, comme le fait apparaître le rapport d'adjudication, aucune des offres n'est affectée d'une cause d'irrégularité;
[…]
Considérant, s'agissant toujours de la comparaison des offres, qu'elle impose encore de procéder à la vérification des prix – tant unitaires que globaux –;

Considérant qu'au niveau des prix unitaires, tous les soumissionnaires ont été interrogés, conformément à l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, pour justifier certains de leurs prix et le rapport d'attribution fait apparaître que suite à ces demandes :
- pour la S.M. STRABAG BELGIUM N.V. – LIEGEOIS S.A., certains prix ne sont pas justifiés, à tout le moins pas correctement, et que d'autres sont modifiés;
- pour la S.A. BAJART, les prix sont justifiés et sont scindés «tous les prix par

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

rapport aux travaux en interne et les travaux en sous-traitance et la répartition des frais généraux et bénéfices se font aussi de manière distincte (10 et 15 %)»;
- pour la S.A. GALERE, les prix sont justifiés et ne sont pas scindés «les prix par rapport aux travaux en interne et les travaux en sous-traitance et la répartition des frais généraux et bénéfices ne se font pas de manière distincte (10 et 15 %) »;
- pour la S.A. ACH CONSTRUCT, certains des prix unitaires ne sont pas justifiés;
- pour la S.M. GROUPE THIRAN S.A. – LIXON S.A., les prix sont maintenus sans la moindre justification;
- pour la S.A. MONUMENT HAINAUT, les prix sont maintenus sans la moindre justification;

Qu'au terme de la procédure de vérification des prix unitaires et au vu des réponses apportées, quatre offres doivent être tenues pour irrégulières – celles de la S.M. STRABAG BELGIUM N.V. – LIEGEOIS S.A., de la S.A. ACH CONSTRUCT, de la S.M. GROUPE THIRAN S.A. – LIXONS S.A. et de la S.A. MONUMENT HAINAUT –;

Qu'en effet, l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, assimile à des irrégularités matérielles substantielles – qui entraînent la nullité absolue de l'offre – les prix anormaux, ce à quoi doivent être assimilés les prix *a priori* jugés anormaux qui ne sont pas justifiés ou qui ne le sont pas correctement; qu'il en va de même pour les prix qui sont modifiés, les modifications témoignant précisément du caractère anormal des prix figurant dans l'offre;

Considérant pour ce qui concerne l'offre de la S.A. BAJART, que cette dernière explique qu'elle est active depuis 125 ans dans les travaux de restauration (maçons, ouvriers spécialisés en injection et ancrage, tailleurs de pierre, charpentiers, menuisiers, plafonneurs, …); que cet élément est confirmé par les fiches produites pour justifier les postes unitaires qui font apparaître que la majorité des travaux sont réalisés en interne mais aussi par les «fiches signalétiques sous-traitant», jointes à l'offre, dont il ressort qu'à peine 24,14 % du marché est sous-traitée (par comparaison, la S.A. GALERE sous-traite plus de 70 % du marché);

Qu'elle produit, pour chaque poste unitaire à justifier, une fiche décomposant, de manière très précise, le prix unitaire de vente en faisant apparaître si sa réalisation se fait, en tout ou en partie, en sous-traitance, la main d'œuvre nécessaire et, le cas échéant, le corps de métier en cause (charpentier, maçon, ardoisier, grutier, …), les quantités, les coûts unitaires, le prix de revient, ainsi que la répartition de l'installation de chantier et des frais généraux et bénéfices;

Qu'il ressort des fiches produites que le prix de chaque poste unitaire est justifié;
Considérant toujours pour ce qui concerne l'offre de la S.A. BAJART, que les justifications produites font apparaître que le taux appliqué pour les frais généraux et les bénéfices est différent selon qu'il s'agit de travaux en sous-traitance (10 %) ou en interne (15 %);

Qu'à cet égard, l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que «les prix unitaires et les prix globaux de chacun des postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire sont établis en respectant la valeur relative de ces postes par rapport au montant total de l'offre. Tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci»;

Qu'en premier lieu, l'article 15, *in fine*, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 pose la règle selon laquelle les frais généraux et le bénéfice «sont répartis sur les différents

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci»; que l'application de taux distincts sur les travaux réalisés en sous-traitance et en interne, mais appliqués pour ces deux types de travaux, de la même manière et proportionnellement sur tous les postes, ne méconnaît pas cette règle;

Qu'en deuxième lieu et à supposer qu'une telle manière de procéder soit proscrite par l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, l'article 95, § 3, ne l'assimilerait, comme cela a été exposé plus haut, qu'à une irrégularité matérielle non substantielle; que ce ne serait donc que moyennant une motivation particulière, que la méconnaissance de l'article 15 pourrait entraîner la nullité de l'offre, et les éléments repris ci-dessous tendent à démontrer qu'une motivation en ce sens serait injustifiable;

Qu'en troisième lieu, la règle de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 vise à éviter que le prix de certains postes ne soit «gonflé» de manière artificielle en vue de percevoir des acomptes hors de proportion avec les travaux réellement réalisés; que la procédure de vérification des prix unitaires démontre que le prix d'aucun poste n'est anormal puisque, pour un grand nombre d'entre eux, aucun prix anormalement haut ou bas n'a été détecté au stade de la vérification des prix et, pour les autres, les éléments produits par la S.A. BAJART permettent de justifier chacun des postes sur lesquels elle a été interrogée et d'écarter toute anormalité;

Qu'en quatrième lieu, l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 tend à éviter que la comparaison des offres ne soit faussée ou rendue impossible, et une fois encore, la procédure de vérification des prix démontre qu'une telle comparaison a pu être réalisée en tenant compte des taux distincts appliqués;

Qu'en tout état de cause, au regard de la part du marché sous-traitée par la S.A. BAJART – soit 24,14 % – et du taux appliqué sur cette part – 10 % au lieu de 15 % –, l'application d'un taux moyen identique sur l'ensemble des postes, n'aurait pu influer sur la comparaison des offres ou encore sur la vérification des prix unitaires;

Considérant qu'au niveau des prix globaux, l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 impose de procéder à la vérification du montant total des offres qui s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres;

Qu'il résulte de la moyenne des offres, calculée en excluant l'offre la plus basse et celle plus élevée, qu'aucune des offres ne s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne;

Considérant qu'en adjudication, le marché doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse;

Qu'il y a dès lors lieu d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse, soit la S.A. BAJART […]

[…]".

7. La partie adverse informe les soumissionnaires par un courrier du recommandé et une télécopie du 20 septembre 2016.

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, pris "de la violation des articles 5 et 24 de la loi du 17 juin 2006, des articles 15, 19, 21, 95 et 99 de l'A.R. du 15 juillet 2011, 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 et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'erreur manifeste d'appréciation, du Cahier Spécial des Charges, des principes généraux du droit administratif et plus particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, des principes de minutie et de libre concurrence". Ce moyen est articulé en deux branches.

Quant à la première branche

Au titre de cette première branche, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir considéré "que l'offre de la S.A. BAJART n'était pas entachée d'une irrégularité; à tout le moins pas d'une irrégularité substantielle". Elle formule trois griefs à ce propos.

Elle considère que l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est méconnu, puisque la S.A. BAJART a justifié ses prix en appliquant des taux de frais généraux et bénéfices distincts, selon que les travaux étaient réalisés par la S.A. BAJART elle-même ou en sous-traitance. La requérante rappelle les termes de l'article 15 de l'arrêté et reproduit un extrait du rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 22 avril 1977 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, ainsi qu'un extrait de doctrine. Elle en déduit que l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 pose "deux obligations radicalement distinctes": d'une part, "les prix unitaires et les prix globaux de chacun des postes du métré récapitulatif ou de l'inventaire sont établis en respectant la valeur relative de ces postes par rapport au montant total de l'offre"; d'autre part, "tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci". La requérante estime, en particulier, que "le pouvoir adjudicateur a méconnu l'article 15 de l'AR du

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

15 juillet 2011 en indiquant que cet article ne proscrit pas que soient appliqués des «taux distincts sur les travaux réalisés en sous-traitance et en interne» – pour chaque type de travaux – «de la même manière et proportionnellement sur tous les postes»". Elle voit dans l'admission de la justification des prix de BAJART une erreur manifeste d'appréciation.

La requérante considère que la méconnaissance de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 constitue une irrégularité substantielle. Après avoir rappelé la théorie des irrégularités (substantielles et non-substantielles), et les termes de l'article 95, § 3, alinéa 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la partie requérante se réfère à l'article 95, § 3, alinéa 1er, de l'arrêté, qui dispose comme suit : "Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99". Elle rappelle, d'une part, que la partie adverse a interrogé la S.A. BAJART sur une certain nombre de prix unitaires apparemment anormaux, que la S.A. BAJART a répondu en fournissant une justification de prix faisant apparaître des taux distincts de frais généraux et financier et bénéfice, que la partie adverse a examiné ces justifications et qu'elle était donc liée par la mise en œuvre des articles 21 et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Elle estime, en conséquence, que la partie adverse aurait dû rejeter l'offre de la S.A. BAJART parce que ses justifications de prix étaient inadmissibles en raison de la méconnaissance de l'article 15 de l'arrêté. Elle estime, d'autre part, que la méconnaissance de l'article 15 porte atteinte, en l'espèce, à la comparaison des offres, ce qui confirme le caractère substantiel de l'irrégularité. Elle se réfère à l'arrêt n° 194.647 du 6 novembre 2009, dans lequel le Conseil d'État a considéré que "la répartition proportionnelle de tous les frais et des bénéfices sur les différents postes du métré a pour but de rendre effective la comparaison des offres et de freiner la tendance des entreprises à gonfler excessivement les prix de certains postes, principalement ceux relatifs aux premiers travaux à exécuter, ce qui donne lieu au paiement d'acomptes hors de proportion avec la valeur normale des prestations exécutées" et que "cette règle permet également le contrôle du caractère normal ou non des prix proposés, ce qui serait rendu impossible par une répartition des frais et des bénéfices au bon gré des soumissionnaires". La partie requérante en déduit que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que la méconnaissance de l'article 15 n'entraînait pas la nullité de l'offre. La partie requérante n'aperçoit pas comment la partie adverse a pu considérer que l'application d'un taux moyen identique

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

sur l'ensemble des postes n'aurait pas pu influer sur la comparaison des offres, ni sur la vérification des prix unitaires.

Selon la requérante, la méconnaissance de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 constitue une rupture du principe d'égalité dans la préparation des offres et dans le processus de justification. Elle indique que "le caractère essentiel de l'article 15 de l'AR du 15 juillet 2011 n'est […] pas contestable puisque sa méconnaissance permet – *in fine* – l'application de taux distincts calculés «sur mesure» permettant à un soumissionnaire de proposer des prix unitaires plus bas en imputant un pourcentage réduit de frais fixes". Elle ajoute que "l'application de taux distincts permet à un soumissionnaire de justifier un prix en évaluant à la hausse ou à la baisse – selon le besoin – les frais fixes".

Quant à la seconde branche

Au titre de cette seconde branche, la requérante fait valoir que la partie adverse "n'a pas apprécié le prix global de l'offre de la S.A. BAJART" et qu'à tout le moins elle "n'a pas motivé adéquatement la normalité des prix (unitaires et global) de l'offre de la S.A. BAJART".

Elle constate que le rapport et la décision d'attribution se fondent sur l'article 99, § 2, de l'arrêté royal pour considérer qu'il n'y a pas d'obligation d'interrogation en ce qui concerne le prix global et rappelle que l'article 21 et l'article 99, § 2, se complètent et énoncent des règles qui ne s'opposent pas. L'article 99, § 1er, impose une règle de base : "après avoir appliqué l'article 96, le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix conformément à l'article 21". Elle conclut que la normalité du prix de l'offre de la S.A. BAJART aurait dû faire l'objet d'une appréciation en application de l'article 21 de l'arrêté royal.

La requérante ajoute que la motivation de l'appréciation des justifications de prix de la S.A. BAJART permet uniquement de comprendre que la décomposition des prix a été transmise et que le caractère normal des prix unitaires est motivé par une clause de style succincte. Elle ajoute que la lecture de la décision d'attribution ne permet pas de s'assurer que la partie adverse ait vérifié le prix global de la S.A. BAJART.

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

B. Mémoire en réponse

Quant à la première branche

Sur le respect de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la partie adverse rappelle que la *ratio legis* de cette disposition est d'"éviter que le prix de certains postes ne soit «gonflé» de manière artificielle en vue de percevoir des acomptes hors de proportion avec les travaux réellement réalisés". Selon la partie adverse, "absolument rien ne permet d'affirmer […] que la S.A. BAJART ne pouvait pas appliquer les taux, tels qu'elle les a appliqués, en opérant une distinction entre les travaux réalisés en sous-traitance et ceux qui le sont en interne". Elle précise, en ce qui concerne l'offre de la S.A. BAJART, que "les prix unitaires et globaux correspondent à la valeur relative de chaque poste – ce qui n'est pas contesté –, et les frais généraux et financiers sont répartis sur ces postes de manière objective, proportionnelle et constante, conformément à l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011". Elle ajoute qu'"en appliquant un taux de 10 % pour «tous» les travaux réalisés en sous-traitance et de 15 % pour «tous» ceux réalisés en interne, les frais généraux et bénéfices restent, en effet, répartis de manière objective, proportionnelle et cohérente". Elle relève que la S.A. BAJART n'a pas appliqué des taux distincts à chaque poste "selon son gré", mais qu'elle a appliqué de manière constante, pour tous les postes, un taux de 10 % pour les travaux sous-traités et de 15 % pour les travaux et fournitures réalisés en interne. Dans la mesure où ces deux taux s'appliquent à l'ensemble des postes de la même manière, la partie adverse ne voit pas en quoi les prix des premiers travaux auraient été gonflés artificiellement. La partie adverse conclut que la S.A. BAJART a respecté tant la lettre que l'esprit de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Sur le caractère essentiel de l'irrégularité et sur la comparaison des offres, la partie adverse estime que, si irrégularité il y a, elle doit être qualifiée de non substantielle. En premier lieu, la partie adverse rappelle les termes de l'article 95, § 3, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui qualifie d'irrégularités non substantielles, notamment, les dérogations aux dispositions du chapitre 1er, section 7 à 11 de l'arrêté. Elle observe que l'article 15 figure précisément dans le chapitre 1er, section 9, de l'arrêté. En second lieu, elle fait valoir que, si un manquement à l'article 15 devait néanmoins être qualifié sur la base de l'article 95, § 3, alinéa 1er, "il faudrait encore, pour que l'irrégularité puisse être considérée comme «substantielle», que l'on soit en présence de prix anormaux ou qu'elle porte sur une disposition «essentielle»". S'agissant des prix anormaux, la partie adverse rappelle les motifs pour lesquels les justifications de la S.A. BAJART ont été acceptées. Elle indique que "dès l'instant où

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

les justifications fournies par la S.A. BAJART ont été admises, ses prix devaient être considérés comme normaux – et son offre ne pouvait pas être déclarée irrégulière pour cette raison –". Elle ajoute que "ce n'est […] pas pour la simple raison […] que la procédure de vérification des prix a été mise en œuvre qu'il fallait nécessairement conclure à l'existence de prix anormaux". S'agissant du caractère essentiel de l'article 15, elle répond que "la partie requérante demeure en défaut de démontrer que l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 présenterait effectivement un tel caractère, ce qui est, du reste, contredit par l'article 95, § 3, alinéa 2". Elle rappelle que "ce n'est pas pour la seule raison qu'une disposition porte sur le prix qu'elle est «essentielle»", puisqu'il faut encore qu'elle revête un caractère essentiel. Elle cite le rapport au Roi, qui précise que "toute dérogation aux prix, délais et spécifications techniques qui n'est pas considérée comme une dérogation essentielle, n'est pas constitutive d'une irrégularité substantielle". La partie adverse estime que l'application de taux distincts n'a pas porté atteinte à la comparaison des offres et elle reproduit les considérations de l'acte attaqué à ce sujet. Elle cite des auteurs, selon lesquels le but de l'article 15 est de permettre "au pouvoir adjudicateur de s'assurer que les prix remis ne sont pas fantaisistes ou spéculatifs et que la charge financière de l'entreprise est correctement répartie entre tous les postes de la soumission. La partie adverse expose que la S.A. BAJART "a appliqué, de manière constante et objective, des pourcentages relatifs aux frais généraux et aux bénéfices sur l'ensemble des postes de manière proportionnelle". Elle ajoute encore que la plupart des postes sont réalisés en interne (au taux de 15 % pour les frais généraux et bénéfices) et considère que cet élément, combiné avec la faible différence de pourcentage appliqué aux prestations sous-traitées, "suffit à démontrer que l'application d'un taux différencié n'a pas pu influer sur la comparaison des offres". Il en résulte, selon elle, que la méconnaissance de l'article 15 ne pouvait être considérée comme essentielle.

Sur la rupture du principe d'égalité, la partie adverse se réfère à l'arrêt n° 221.238, du 30 octobre 2012. Elle observe que la S.A. BAJART exécute les prestations demandées et répartit de manière proportionnelle les frais généraux et bénéfices. Selon elle, la comparabilité des offres est incontestable et les soumissionnaires sont mis sur un pied d'égalité. Elle répète que la plupart des travaux sont réalisés en internes, que la différence de pourcentage est faible et que "la S.A. BAJART n'a […] pas réparti les frais généraux selon son bon vouloir mais uniquement sur la base du fait que les travaux sont réalisés par un sous-traitant ou non, tout en appliquant des taux constants". La partie adverse conclut que l'article 15 de l'arrêté royal a été respecté et que, si le Conseil devait estimer que l'application de taux

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

distincts est irrégulière, il ne s'agirait que d'une irrégularité non-substantielle, pour laquelle elle a décidé de ne pas écarter l'offre.

Quant à la seconde branche

Sur l'absence de vérification du prix global, la partie adverse rappelle les termes de l'article 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Elle explique ensuite que "l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 impose au pouvoir adjudicateur de vérifier les prix afin de lui permettre de s'assurer qu'une exécution conforme aux documents du marché est possible pour les prix remis". Elle expose que "le pouvoir adjudicateur va donc, dans un premier temps, examiner s'il existe des éléments qui sont de nature à indiquer que les prix présenteraient un caractère anormal" et que "ce n'est que si le pouvoir adjudicateur envisage d'écarter éventuellement une offre, en raison du caractère anormalement élevé ou bas des prix qu'elle contient, qu'il doit interroger le soumissionnaire concerné en vue d'obtenir des justifications". Elle expose qu'elle s'est interrogée sur la normalité des prix unitaires de tous les soumissionnaires, mais qu'elle n'a pas considéré que le prix global de la S.A. BAJART présentait une apparence d'anormalité, ce qui explique qu'elle ne l'ait pas interrogée au sujet de ce prix global. Elle estime que "lorsque le pouvoir adjudicateur n'invite pas l'adjudicataire à justifier son prix, estimant implicitement que celui-ci est normal, il n'appartient pas à un soumissionnaire évincé de demander au juge de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur". En l'espèce, la S.A. BAJART n'a pas été invitée à justifier son prix global, la partie adverse estimant implicitement qu'il était normal. La partie adverse souligne que rien n'indique qu'elle n'aurait pas vérifié le prix global de la S.A. BAJART et que la requérante ne démontre pas qu'il présenterait une apparence d'anormalité. Elle observe que les prix des six offres se situent tous entre 2.367.819,17 euros et 3.034.990,83 euros, celui de la S.A. BAJART s'élevant à 2.484.491,61 euros. Elle ajoute que dès le moment où des justifications de prix unitaires ont été demandées, apportées et acceptées, ces justifications permettaient de confirmer la normalité du prix global, qui n'est que la somme des prix unitaires. En tout état de cause, elle souligne que l'acte attaqué et le rapport d'attribution font apparaître qu'elle a procédé à la vérification du seuil de 15 % conformément à l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Sur le défaut de motivation formelle, la partie adverse estime qu'elle a motivé adéquatement la normalité des prix de l'offre de la S.A. BAJART. Après avoir reproduit l'extrait pertinent de l'acte attaqué, elle affirme que cette motivation, qui ne peut être assimilée à une simple clause de style, fait apparaître que la partie adverse a

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

bien procédé à la vérification des prix tant unitaires que global de l'offre de la S.A. BAJART.

C. Mémoire en réplique

Quant à la première branche

Sur la portée de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la partie requérante réplique que l'application de taux distincts est bien interdite. Selon elle, "puisque la répartition doit intervenir au *prorata*, il ne peut – par définition – être question d'appliquer des taux distincts" et "il importe peu à cet égard que les taux distincts aient (prétendument) été appliqués de manière «objective» et «constante», selon la nature des travaux". Les taux appliqués, puisque distincts, ne respectent pas le principe de proportionnalité imposé par l'article 15.

Sur le caractère substantiel de la méconnaissance de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la partie requérante réplique que les justifications produites par la S.A. BAJART sont inadmissibles, précisément en raison de l'application de taux distincts rendant impossible la procédure de vérification de prix initiée par la partie adverse. Elle estime qu'en conséquence, l'offre aurait dû être rejetée, en application de l'article 95, § 3, alinéa 1er. La requérante réplique encore que l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est de nature essentielle. Elle rappelle qu'une disposition est essentielle si sa méconnaissance est susceptible d'influer sur la comparaison des offres. Selon elle, en l'espèce, "la partie adverse a nécessairement été empêchée d'opérer une parfaite comparaison des offres, dès lors qu'une analyse parcellaire, faisant fi de la présence de taux distincts, méconnait l'article 19 de l'AR du 15 juillet 2011". La partie requérante regrette que la partie adverse n'explique toujours pas comment elle a pu valablement opérer une comparaison raisonnée en tenant compte de taux distincts. Elle conclut que "la partie adverse semble en réalité se satisfaire de l'absence (apparente) de *front loading*, mais méconnait par-là l'autre objectif de l'article 15 : permettre une vérification/comparaison complète des prix".

Sur le manquement au principe d'égalité, la partie requérante réplique que les soumissionnaires n'ont pas justifié leurs prix sur un pied d'égalité puisqu'il a été permis à la S.A. BAJART d'intégrer dans ses justifications de prix des frais à taux variés, alors que cela est formellement interdit. Elle estime que cette pratique va à l'encontre des principes d'égalité et de concurrence loyale, "opposés à ce qu'un soumissionnaire puisse adapter la composition de son prix après la remise des offres

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

et selon la portée des interrogations du pouvoir adjudicateur". La partie requérante estime que "tolérer cette pratique est de nature à encourager la spéculation et à éroder le traitement égalitaire des soumissionnaires s'imposant à tout stade de la procédure d'attribution".

Quant à la seconde branche

La requérante admet que la partie adverse n'avait pas l'obligation d'interroger la S.A. BAJART sur la normalité de son prix global, dès lors que le seuil des 15 % n'était pas franchi. Elle insiste toutefois sur le fait que cette obligation ne se confond pas avec l'obligation de vérifier la normalité du prix global de toute offre, prescrite par l'article 21 de l'arrêté royal et rappelée par l'article 99, § 1er. Elle souligne que la motivation de l'acte attaqué ne permet pas de s'assurer que le prix global de l'offre de la S.A. BAJART a fait l'objet d'une vérification, fût-elle implicite et, selon elle tout porte à croire que cette vérification n'a pas été exercée. Par ailleurs, la partie adverse ne peut se reposer sur la prétendue normalité des prix unitaires de l'offre de la S.A. BAJART pour arguer qu'elle a pu se convaincre "implicitement" de la normalité du prix global de l'offre. Elle réplique, d'une part qu' "il a été démontré que certains prix proposés par la S.A. BAJART n'ont pu être considérés – à bon droit – comme normaux" et, d'autre part, que "le contrôle du prix global est indépendant du contrôle des prix unitaires qui – du reste – n'ont pas intégralement fait l'objet d'une interrogation".

Sur l'obligation de motivation formelle, la partie requérante maintient que la partie adverse ne répond pas à l'obligation de motivation formelle qui s'impose à elle, laquelle exclut toute clause de style.

D. Dernier mémoire de la requérante

Quant à la première branche

La requérante fait valoir ce qui suit :

" 29. Le rapport de l'Auditeur considère que le mode d'établissement des prix du métré de la S.A. BAJART repose, certes, sur deux taux distincts (10 % et 15 %), mais ces deux taux sont utilisés uniformément à tous les postes du métré, selon une logique qui ne lui parait pas dénuée de pertinence.
Il serait, en effet, très vraisemblable que les prestations sous-traitées engendrent moins de frais généraux dans le chef de l'entreprise soumissionnaire que les prestations et fournitures exécutées en interne.
Il conclut donc que :

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

« le mode d'établissement du prix qui ne varie pas selon les postes mais selon que les prestations sont ou non sous-traitées ne parait pas enfreindre les obligations énoncées à l'art. 15 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011. Il semble même plus précis et plus proche de la réalité qu'un calcul mettant en œuvre un taux de frais généraux et bénéfices unique pour les prestations réalisées en interne et les prestations sous-traitées».

La méthode choisie par la S.A. BAJART n'enfreindrait donc pas l'article 15 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011 et son offre n'aurait pas dû être écartée pour ce motif.

30. La partie requérante ne peut adhérer à cette analyse.
Si l'application de deux taux distincts est jugé logique, cette considération ne peut néanmoins atténuer la rigueur du texte de l'article 15 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011.
Le contenu de cette disposition est clair :
« Tous les frais généraux et financiers divers, ainsi que le bénéfice, sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci».
Comme le relève l'Auditeur dans son rapport, le soumissionnaire est alors en mesure de faire varier le taux de frais généraux et financiers en fonction d'un facteur qu'il est libre de déterminer, soit que le poste soit ou non sous-traité.
Il est alors libre de moduler le prix de certains postes en choisissant de déclarer qu'un poste est ou non sous-traité. Il pourrait, plus particulièrement, prétendre que les premiers postes sont exécutés en interne, sans que cela corresponde forcément à la réalité. Le *front loading* pourrait ainsi être pratiqué.
C'est précisément pour empêcher ce type d'aléa que le législateur a prévu l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.
Cette disposition commande d'appliquer un pourcentage unique de frais généraux et financiers divers, afin de rendre impossible toute manipulation des prix.

31. En outre, considérer que des taux distincts puissent être appliqués permettrait au pouvoir adjudicateur d'avoir une marge d'appréciation qui – on l'a dit – n'est pas permise par le texte de l'article 15 de l'Arrêté royal du 15 juillet 2011, mais qui, en outre, créerait une situation d'insécurité juridique dans laquelle les limites de l'interdiction de l'article 15 ne pourraient être déterminées par avance.

32. Le rapport de l'Auditeur considère, en outre, que l'offre de la S.A. BAJART ne comporte aucune irrégularité fût-elle substantielle ou non substantielle, quand bien même elle dérogerait à l'art. 15 de l'Arrêté royal.
En effet, l'art. 15, qui est inséré au sein du chapitre 1, section 9, ne serait pas une disposition essentielle de l'Arrêté. Une dérogation à l'art. 15 devrait, en conséquence, être qualifiée d'irrégularité non substantielle.
De plus, la partie requérante ne démontrerait pas concrètement en quoi l'application de taux distincts de 10 % ou 15 % de frais généraux et bénéfices, pour tous les postes du métré, selon que les prestations sont ou non exécutées en interne, nuirait à la comparabilité des offres et à l'égalité des soumissionnaires.
Le «*front loading*» ne serait pas davantage avéré.

33. Pour les motifs exposés au point 30, la comparabilité des offres est rendue impossible par la présence d'un aléa et par la possibilité pour le soumissionnaire d'appliquer des taux de frais généraux différents.

34. Madame l'Auditeur cite, enfin, un arrêt n° 234.189 du 22 mars 2016 de la XIIe chambre du Conseil d'État qui, selon elle, appliquerait un raisonnement similaire.
Cet arrêt, en extrême urgence et *prima facie*, émet plusieurs réserves relatives à l'analyse des circonstances concrètes de l'espèce. Au demeurant, il applique le

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

principe de la répartition uniforme des frais généraux sur les prix remis par chaque membre de la société momentanée, tout en admettant de les distinguer et sans imposer un taux moyen unique.
Le présent recours porte sur une autre espèce : un seul soumissionnaire qui a fait varier le taux des frais généraux selon les postes «déclarés *a posteriori*» sous-traités ou non - ce qui n'est pas comparable".

Quant à la seconde branche

La requérante fait valoir ce qui suit :

" 47. Le rapport de l'Auditeur considère que :
« Il ressort à suffisance de l'acte attaqué que la partie adverse n'a pas perdu de vue l'obligation de procéder à la vérification des prix globaux. Après avoir vérifié les prix unitaires elle a constaté – sans que ce fait soit démenti – qu'aucune offre ne présentait un prix global devant être considéré comme apparemment normal selon la règle établie à l'art. 99 § 2, et elle a implicitement mais certainement considéré que le prix global de l'adjudicataire pressenti n'était pas apparemment anormal.
Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation sur la question de savoir si un prix global doit ou non être considéré comme apparemment anormal. On n'aperçoit pas en quoi la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que le prix global du soumissionnaire moins disant n'était pas apparemment anormal».

48. Le rapport de l'Auditeur considère que la motivation formelle peut être succincte lorsqu'aucun élément particulier ne permet de considérer que le prix peut être anormal.
En l'espèce, la motivation formelle ferait ressortir que la partie adverse a non seulement examiné les justifications d'ordre général fournis par la S.A. BAJART mais aussi le détail des fiches signalétiques et qu'elle a considéré que chaque prix unitaire était justifié au regard du corps de métier en cause, des quantités, des coûts unitaires, du prix de revient, ainsi que de la répartition de l'installation de chantier et des frais généraux et bénéfices.

49. La requérante conteste qu'il puisse être déduit de la motivation stéréotypée de la décision d'attribution et du rapport d'analyse des offres que le prix global l'offre de la S.A. BAJART a été «implicitement mais certainement» analysée et jugé apparemment pas anormal en application de l'article 21 de l'A.R. du 15 juillet 2011. Une telle motivation ne permet pas à la requérante de s'assurer que le pouvoir adjudicateur a bien vérifié le prix de l'offre de la S.A. BAJART".

E. Dernier mémoire de la partie adverse

Quant à la première branche

La partie adverse formule les observations suivantes :

" 12. Il ne fait en effet aucun doute que la S.A. BAJART pouvait opérer une distinction entre les travaux réalisés en sous-traitance et ceux qui le sont en interne, pour répartir les «frais généraux et financiers».
En appliquant un taux de 10 % pour «tous» les travaux réalisés en sous-traitance et

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

de 15 % pour «tous» ceux réalisés en interne, la S.A. BAJART a ainsi réparti les frais généraux et les bénéfices de manière objective, proportionnelle et cohérente.
Comme le relève Madame l'Auditeur, un tel mode d'établissement des prix est même «logique» et tient compte de la réalité des frais véritablement engendrés suivant le type de prestations.
Prétendre l'inverse reviendrait à encourager un soumissionnaire à aligner le taux correspondant à ses «frais généraux et financiers» sur celui le plus élevé, ce qui reviendrait donc à forcer les soumissionnaires à «gonfler» leurs prix. C'est pourtant précisément ce à quoi s'oppose la règle fixée à l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ...

13. L'argument développé par la S.A. GALERE dans son dernier mémoire, et qui consiste à soutenir qu'un soumissionnaire pourrait désormais travestir la réalité, et ainsi créer un aléa, ne tient pas.
D'abord, la S.A. GALERE perd manifestement de vue que le pouvoir adjudicateur conserve bien évidemment un pouvoir de contrôle quant à la réalité des prix offerts. Pour le dire autrement, le pouvoir adjudicateur garde bien évidemment la possibilité de vérifier si l'application de taux distinct se justifie et est cohérente.
En outre, et surtout, le risque d'aléa dénoncé par la S.A. GALERE n'est pas lié au mode d'établissement du prix suivi par la S.A. BAJART. L'on ne voit en effet pas en quoi le fait d'appliquer un taux distinct augmenterait le risque qu'un soumissionnaire présente un taux non conforme à la réalité. Un soumissionnaire pourrait déjà, même avec un taux unique, tenter de tromper le pouvoir adjudicateur en gonflant ses frais.
Tant que la répartition des «frais généraux et financiers» est effectuée de manière objective et cohérente, il n'existe pas d'insécurité juridique, comme tente de le soutenir artificiellement la S.A. GALERE.
Il faut rappeler que l'objectif poursuivi par cette disposition, c'est d'éviter qu'un soumissionnaire répartisse ses «frais généraux et financiers» sans respecter une certaine cohérence, et de manière à pouvoir gonfler ses prix. Or, ici, ce n'est clairement pas le cas, puisque comme le relève à juste titre Madame l'Auditeur, le mode d'établissement du prix répond bien à une «logique».

14. Contrairement à ce que soutient également la S.A. GALERE dans son dernier mémoire, les conclusions de l'arrêt du 22 mars 2016 de Votre Conseil, cité par Madame l'Auditeur dans son rapport, sont bien ici transposables.
Dans celui-ci, Votre Conseil considère, en substance, qu'il n'y a pas d'infraction à l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, lorsque deux sociétés – formant ensemble une société momentanée – déposent ensemble une offre comprenant des frais dont le pourcentage diffère suivant les travaux – et en réalité, suivant qu'ils soient exécutés par l'une ou l'autre société –.
Votre Conseil reconnait là aussi qu'une telle différence se justifie, dans la mesure où les travaux n'impliquent pas des coûts identiques, et qu'autrement dit, les deux sociétés ne seront pas confrontées aux mêmes frais.
Cette situation est bien comparable à celle ici en cause. En effet, si la S.A. BAJART opère une distinction entre les travaux réalisés en sous-traitance et ceux réalisés en interne, c'est précisément parce que le type de prestations diffère pour la S.A. BAJART, ce qui implique inévitablement une différence quant aux frais engendrés.

15. La S.A. GALERE n'est de toute façon pas en mesure de démontrer qu'une dérogation à l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 constituerait une irrégularité substantielle contraignant le pouvoir adjudicateur à écarter l'offre en question.
Il faut en effet relever :
- que l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, assimile expressément la

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

non-conformité à l'article 15 à une «irrégularité non substantielle», ce qui signifie, en vertu de l'article 95, § 4, alinéa 2, que l'offre n'aurait pas dû, le cas échéant, être écartée obligatoirement;
- que dès lors, comme le relève Madame l'Auditeur, il faudrait alors exposer – et démontrer – les motifs pour lesquels la COMMUNE DE FOSSES-LA-VILLE aurait commis une erreur en n'écartant pas l'offre de la S.A. BAJART.
Dans son dernier mémoire, la S.A. GALERE soutient que le mode d'établissement du prix de la S.A. BAJART porterait atteinte à la comparabilité des offres, en ce qu'elle contiendrait un aléa et des taux distincts.
Outre que la S.A. GALERE ne démontre pas précisément en quoi la comparabilité des offres n'aurait pas pu être possible – et en particulier, l'incidence sur l'acte attaqué –, l'application de taux distincts n'a aucunement porté atteinte à la comparaison des offres.
L'acte attaqué a d'ailleurs eu égard à cette question, en précisant que :
« L'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 tend à éviter que la comparaison des offres ne soit faussée ou rendue impossible, et une fois encore, la procédure de vérification des prix démontre qu'une telle comparaison a pu être réalisée en tenant compte des taux distincts appliqués;
Qu'en tout état de cause, au regard de la part du marché sous-traitée par la S.A. BAJART – soit 24,14 % – et du taux appliqué sur cette part – 10 % au lieu de 15 % –, l'application d'un taux moyen identique sur l'ensemble des postes, n'aurait pu influer sur la comparaison des offres ou encore sur la vérification des prix unitaires».
Dans la mesure où la S.A. BAJART a appliqué, de manière constante, objective et proportionnelle, des pourcentages relatifs aux frais généraux et aux bénéfices sur l'ensemble des postes, il n'y a pas pu avoir d'incidence quant à la comparabilité des offres. En effet, la circonstance que deux taux distincts soient appliqués sur les postes de la S.A. BAJART n'empêche pas leur comparaison avec les prix remis par la S.A. GALERE.
La donne serait différente s'il était établi - *quod non* - que la S.A. BAJART avait appliqué des taux distincts sans respecter une certaine logique, à savoir dans le but seulement de «gonfler son prix».
Mais, dès lors que la S.A. BAJART a appliqué de manière proportionnelle ses frais sur l'ensemble des postes, comme l'impose l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, son offre pouvait bien être comparée avec celle de la S.A. GALERE.

16. La première branche est non fondée".

Quant à la seconde branche

La partie adverse formule les observations suivantes :

" 17. C'est, à juste titre, que Madame l'Auditeur relève, dans son rapport, qu'«il ressort à suffisance de l'acte attaqué que la partie adverse n'a pas perdu de vue l'obligation de procéder à la vérification des prix globaux».
Il ressort en effet clairement de la motivation de l'acte attaqué :
- que la COMMUNE DE FOSSES-LA-VILLE a, d'abord, confirmé la nécessité de cet examen, comme le fait apparaître l'extrait selon lequel :
« Considérant qu'au niveau des prix globaux, l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 impose de procéder à la vérification du montant total des offres qui s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres;
Qu'il résulte de la moyenne des offres, calculée en excluant l'offre la plus basse et celle plus élevée, qu'aucune des offres ne s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne»;

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

- que la COMMUNE DE FOSSES-LA-VILLE a, ensuite, interrogé les soumissionnaires sur certains prix;
- qu'elle a, enfin, examiné notamment l'offre et les justifications de la S.A. BAJART, et qu'elle en a conclu ce qui suit :

« pour ce qui concerne l'offre de la S.A. BAJART, que cette dernière explique qu'elle est active depuis 125 ans dans les travaux de restauration et qu'elle dispose, en son sein, de la plupart des corps spécialisés dans les travaux de restauration (maçons, ouvriers spécialisés en injection et ancrage, tailleurs de pierre, charpentiers, menuisiers, plafonneurs, ...); que cet élément est confirmé par les fiches produites pour justifier les postes unitaires qui font apparaître que la majorité des travaux sont réalisés en interne mais aussi par les 'fiches signalétiques sous-traitant', jointes à l'offre, dont il ressort qu'a peine 24,14 % du marché est sous-traité (par comparaison, la S.A. GALERE sous-traite plus de 70 % du marché);

elle produit, pour chaque poste unitaire à justifier, une fiche décomposant, de manière très précise, le prix unitaire de vente en faisant apparaître si sa réalisation se fait, en tout ou en partie, en sous-traitance, la main d'œuvre nécessaire et, le cas échéant, les corps de métier en cause (charpentier, maçon, ardoisier, grutier, ...), les fournitures nécessaires (matériel et matériaux), les autres éléments (évacuation de déchets, transport, ...), les quantités, les coûts unitaires, le prix de revient, ainsi que la répartition de l'installation de chantier et des frais généraux et bénéfices».

Ces extraits font clairement apparaître que la COMMUNE DE FOSSES-LA-VILLE a bien procédé à la vérification des prix de l'offre de la S.A. BAJART – tant unitaires que globaux – et à leur justification permettant de conclure au caractère normal de ses prix, et qu'elle a justifié de manière adéquate la normalité des prix de l'offre de la S.A. BAJART.
La S.A. GALERE ne peut donc pas prétendre que la motivation de l'acte attaqué ne lui permettrait pas de s'assurer que la COMMUNE DE FOSSES-LA-VILLE a bien procédé au contrôle des prix de la S.A. BAJART.

18. Cela étant, la S.A. GALERE ne peut perdre de vue qu'«en deçà de ce seuil [de 15 %], le pouvoir adjudicateur, en adjudication comme en appel d'offres, peut – il ne doit pas – interroger le soumissionnaire dont le prix s'écarte sensiblement des prix offerts par ses concurrents […] globalement ou par poste unitaire».
En l'espèce, comme le relève Madame l'Auditeur, l'écart entre les deux offres est de 8,9 %.
L'on ne voit donc pas ce qui fait dire à la S.A. GALERE que la COMMUNE DE FOSSES-LA-VILLE aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant qu'il n'y aurait pas de crainte d'anormalité au niveau du prix global de l'offre de la S.A. BAJART. D'autant plus encore lorsque, comme en l'espèce, les prix unitaires ont bien été vérifiés...
Du reste, alors que le reproche lui était déjà fait précédemment, la S.A. GALERE reste toujours en défaut d'apporter le moindre élément appuyant le fondement de sa critique.

19. La deuxième branche est donc non fondée".

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la première branche

Ainsi que cela ressort de l’acte attaqué, reproduit dans l’exposé des faits

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

du présent arrêt, la partie adverse fait reposer sur quatre motifs distincts la décision par laquelle elle considère comme régulière l'offre de la société BAJART qui a notamment justifié ses prix unitaires par l'application de taux de frais généraux et bénéfice distincts selon que les prestations doivent être effectuées par ce soumissionnaire lui-même (15 %) ou par le recours à la sous-traitance (10 %).

La requérante l'a bien compris en ce sens, puisqu'elle formule à l'appui de la première branche de son moyen unique, différents griefs, dont les deux premiers sont plus spécialement dirigés contre les deux premiers motifs de la décision contestée.

Le premier de ces motifs se lit comme suit :

" Qu'en premier lieu, l'article 15, *in fine*, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 pose la règle selon laquelle les frais généraux et le bénéfice «sont répartis sur les différents postes proportionnellement à l'importance de ceux-ci» ; que l'application de taux distincts sur les travaux réalisés en sous-traitance et en interne, mais appliqués pour ces deux types de travaux, de la même manière et proportionnellement sur tous les postes, ne méconnaît pas cette règle".

Critiquant ce premier motif, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir admis la justification de prix apportée par la société BAJART en méconnaissance de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et en commettant une erreur manifeste d'appréciation, dès lors que la justification de ces prix faisant état de l'application de deux taux distincts de frais généraux et bénéfice méconnaîtrait les obligations déduites de la disposition précitée.

Le deuxième motif est libellé comme suit :

" Qu'en deuxième lieu et à supposer qu'une telle manière de procéder soit proscrite par l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, l'article 95, § 3, ne l'assimilerait, comme cela a été exposé plus haut, qu'à une irrégularité matérielle non substantielle; que ce ne serait donc que moyennant une motivation particulière, que la méconnaissance de l'article 15 pourrait entraîner la nullité de l'offre, et les éléments repris ci-dessous tendent à démontrer qu'une motivation en ce sens serait injustifiable".

Ce qui, selon les termes de ce motif, "a été exposé plus haut" se lit comme suit :

" Que tout en distinguant les irrégularités «formelles» – qui concernent la forme – et «matérielles» – qui touchent au contenu – des offres, l'article 95 précité fait la distinction entre les irrégularités qui doivent être considérées comme substantielles – qui entraînent la nullité absolue de l'offre – et celles qui ne le sont pas – pour

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

lesquelles il appartient au pouvoir adjudicateur de décider, le cas échéant, de la nullité de l'offre – ;
Que la méconnaissance de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui doit être considérée comme une irrégularité matérielle et à la supposer établie, est assimilée par l'article 95, § 3, alinéa 2, à une «irrégularité non substantielle» ; qu'il précise, en ce sens, que ne sont pas substantielles, les irrégularités liées à la méconnaissance des dispositions du «chapitre 1er, sections 7 à 11», l'article 15 figurant précisément dans la section 9 de ce chapitre ; qu'en d'autres termes, c'est moyennant une motivation spécifique, et non de manière automatique, comme le fait la décision de retrait du 11 août 2016, qu'une éventuelle méconnaissance de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 peut entraîner la nullité de l'offre".

Par ailleurs, les « éléments repris ci-dessous » sont les suivants :

" Qu'en tout état de cause, au regard de la part du marché sous-traitée par la S.A. BAJART – soit 24, 14 % - et du taux appliqué sur cette part – 10 % au lieu de 15 % –, l'application d'un taux moyen identique sur l'ensemble des postes, n'aurait pu influer sur la comparaison des offres ou encore sur la vérification des prix unitaires".

Aux termes de ce deuxième motif, la partie adverse a ainsi estimé, en substance, d'une part, que si le mode de justification des prix utilisé par ce soumissionnaire devait être considéré comme dérogeant à l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, l'irrégularité qui affecterait son offre ne pourrait qu'être qualifiée de "non substantielle" et, d'autre part, que cette irrégularité ne justifierait pas, au vu des éléments de l'espèce, de sanctionner de nullité l'offre de ce soumissionnaire et de l'écarter.

À l'encontre de ce deuxième motif, la requérante fait valoir qu'une méconnaissance de l'article 15 précité est bien constitutive d'une irrégularité substantielle et que l'application de taux distincts par la société BAJART porte atteinte à la comparabilité des offres, ainsi qu'à l'égalité des soumissionnaires.

Quant au caractère de l'irrégularité résultant d'une méconnaissance de l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011

L'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est libellé comme suit :

" Sur le plan matériel, l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle lorsqu'elle ne respecte pas les dispositions du présent arrêté ou des documents du marché concernant notamment les prix, les délais, les spécifications techniques, dans la mesure où ces dispositions sont essentielles, ou en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99.
Par contre, lorsque l'offre n'est pas conforme aux autres dispositions du présent arrêté, plus particulièrement le chapitre 1er, sections 7 à 11 et le chapitre 6, sections 2 à 4 ou des documents du marché, ou encore lorsqu'elle exprime des réserves ou

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

contient des éléments qui ne concordent pas avec la réalité, elle est affectée d'une irrégularité non substantielle".

L'article 15 de ce même arrêté royal est inséré dans le chapitre 1er, section 9. Il est donc expressément visé par l'article 95, § 3, alinéa 2, parmi les "autres dispositions" ou, en d'autres termes, parmi les dispositions "non essentielles" de l'arrêté, de sorte qu'une dérogation à l'article 15 devrait être qualifiée d'irrégularité non-substantielle.

La requérante estime pouvoir qualifier d'irrégularité substantielle une méconnaissance de l'article 15 précité, en faisant valoir que celui-ci relèverait des dispositions essentielles concernant les prix, que vise l'article 95 au premier alinéa de son paragraphe 3. Elle ne peut toutefois être suivie en cet argument, dès lors que l'article 15, qui figure à la section 9 du chapitre premier de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, est expressément visé parmi les dispositions dont la méconnaissance éventuelle affecte une offre d'irrégularité non substantielle.

Par ailleurs, il n'y a pas lieu de tirer argument de l'article 95, § 3, alinéa 1er, précité, en tant qu'il dispose que "l'offre est affectée d'une irrégularité substantielle […] en cas de prix anormal au sens des articles 21 et 99", pour qualifier l'irrégularité d'une offre qui dérogerait à l'article 15 précité. En effet, si un pouvoir adjudicateur ne sanctionne pas de nullité une offre entachée de l'irrégularité non substantielle imputable, le cas échéant, à une dérogation avérée à l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, il ne retiendra pas l'anormalité du prix à raison de l'irrégularité décelée. Si, au contraire, il estime devoir sanctionner de nullité l'offre entachée, pour la même dérogation, d'une irrégularité non substantielle, cette offre sera écartée au seul motif que l'irrégularité non substantielle commandait de la déclarer nulle. Dans chacune de ces deux hypothèses, la qualification des prix au regard de la normalité ne sera pas requise.

Pour ces raisons, la partie adverse a pu, sans méconnaître l'un des principes ou dispositions dont le moyen invoque la violation, considérer qu'une offre dérogeant, le cas échéant, à l'article 15 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne peut être affectée d'une irrégularité substantielle, mais tout au plus d'une irrégularité non substantielle.

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

Quant au sort de l'offre de la société BAJART

Une irrégularité non substantielle peut justifier l'écartement de l'offre, si le pouvoir adjudicateur constate que, dans le cas d'espèce, elle a, par exemple, pu avoir pour effet d'affecter la comparabilité des offres et l'égalité entre les soumissionnaires ou d'empêcher un contrôle des prix efficace.

Par les développements de sa requête consacrés respectivement à l'atteinte à la comparaison des offres et à la rupture du principe d'égalité, la requérante ne démontre pas concrètement et le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi l'application de taux distincts de 10 % ou 15 % de frais généraux et bénéfice, pour tous les postes du métré, selon que les prestations sont ou non exécutées en interne, nuirait à la comparabilité des offres et à l'égalité des soumissionnaires. En l'occurrence, le "*front loading*" n'est pas avéré, si bien que la S.A. BAJART n'a pas bénéficié d'avances déguisées.

L'application de ces taux distincts n'empêche pas non plus le contrôle des prix dès lors, *primo*, que la méthodologie – non dénuée de pertinence – est appliquée uniformément à tous les postes (et non au gré de la nécessité de justifier des prix anormalement bas ou anormalement hauts); *secundo*, que l'écart entre les deux taux demeure limité et, *tertio*, que l'obligation était faite aux soumissionnaires d'indiquer dans leur offre, les parties du marché qu'ils envisageaient de sous-traiter.

Au point 33 de son dernier mémoire, la requérante fait valoir, se référant également au point 30, que "la comparabilité des offres est rendue impossible par la présence d'un aléa et par la possibilité pour le soumissionnaire d'appliquer des taux de frais généraux différents". Emise en ces termes, et même assortie de la référence au point 30 de ce dernier mémoire, cette considération n'est pas de nature à mettre en cause le constat de l'absence de démonstration concrète de l'atteinte à la comparabilité des offres.

Pour les motifs ainsi exposés, il n'apparaît pas davantage que la partie adverse aurait méconnu l'un des principes ou dispositions visés par le moyen, en décidant qu'il serait, au vu des données de l'espèce, injustifiable de sanctionner de nullité, et même à la supposer affectée d'une irrégularité non substantielle, l'offre de la société BAJART.

Dès lors qu'est vainement critiqué le deuxième motif sur lequel repose la

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

décision contestée de la partie adverse, il n'y a pas lieu d'examiner les autres griefs dirigés contre cette décision: à supposer fondé(s) l'un ou plusieurs d'entre eux, il(s) ne pourrai(en)t, en toute hypothèse entraîner l'annulation de cette décision.

Il s'ensuit que le moyen ne peut être accueilli en sa première branche.

B. Quant à la seconde branche

Les articles 21 et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dont le moyen invoque notamment la violation, sont libellés comme suit :

" Article 21. § 1er. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. À sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification.
§ 2. Si les documents du marché le prévoient, le pouvoir adjudicateur peut confier aux personnes qu'il désigne la mission d'effectuer toutes vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indications fournies dans le cadre de la vérification des prix.
Les indications fournies en application des dispositions qui précèdent ne peuvent être utilisées par le pouvoir adjudicateur à d'autres fins que celle de la vérification des prix.
§ 3. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ce paragraphe n'est pas applicable à la procédure négociée.
Lorsque le pouvoir adjudicateur constate, lors de la vérification des prix, qu'un prix paraissant anormalement bas ou élevé par rapport aux prestations à exécuter est remis, avant d'écarter pour cette raison l'offre en cause, il invite par lettre recommandée le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires sur la composition du prix concerné dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation ne prévoie un délai plus long.
La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.
Les justifications concernent notamment :
1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
2° les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
4° le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
5° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.
Le pouvoir adjudicateur vérifie les justifications fournies et interroge à nouveau le soumissionnaire si nécessaire.
Lorsque le marché de travaux, de fournitures ou de services relevant de l'annexe II, A, de la loi atteint le montant fixé à l'article 32 et que le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique, l'offre ne peut être rejetée pour ce seul motif que si le soumissionnaire consulté n'est pas en mesure de démontrer dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne".

" Article 99. § 1er. Après avoir appliqué l'article 96, le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix conformément à l'article 21.
§ 2. Dans le cas d'un marché de travaux passé par adjudication, pour autant qu'au moins quatre offres aient été déposées par des soumissionnaires sélectionnés, toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par ces soumissionnaires, qu'elles soient régulières ou non, est considérée comme une offre exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'anormalité présumée de son montant total.
La moyenne des montants se calcule de la manière suivante :
1° lorsque le nombre des offres est égal ou supérieur à sept, en excluant à la fois l'offre la plus basse et les offres les plus élevées formant un quart de l'ensemble des offres déposées. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart est arrondi à l'unité supérieure;
2° lorsque le nombre d'offres est inférieur à sept, en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée.
En présence d'une offre exigeant la vérification de son montant total, le pouvoir adjudicateur :
1° soit motive dans la décision d'attribution du marché que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal;
2° soit invite le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu à l'article 21, § 3, alinéas 2 à 4. Si, après examen de ces justifications, le montant total de l'offre est effectivement considéré comme anormal ou en l'absence de justifications dans le délai imparti, l'offre est irrégulière.
Les documents du marché peuvent rendre le présent paragraphe applicable à l'appel d'offres et aux marchés de fournitures ou de services.
§ 3. Lorsque l'offre présentée pour un marché de travaux est écartée en vertu des paragraphes 1er ou 2, le pouvoir adjudicateur informe la Commission d'agréation des entrepreneurs dans les quinze jours de la conclusion du marché. Il communique en outre à celle-ci les noms des soumissionnaires n'ayant pas fourni les justifications nécessaires dans le délai imparti".

En l'espèce, la partie adverse indique, dans la décision d'attribution :

" Considérant, s'agissant toujours de la comparaison des offres, qu'elle impose encore de procéder à la vérification des prix – tant unitaires que globaux –".

Après avoir précisé que tous les soumissionnaires ont été interrogés au sujet des prix unitaires apparemment anormaux, après avoir indiqué le type de justification apportée par chacun, après avoir énoncé les motifs pour lesquels quatre offres doivent être écartées au titre de prix unitaires anormaux et après avoir exposé les motifs pour lesquels les justifications de prix unitaires de la S.A. BAJART étaient admissibles, la partie adverse revient aux prix globaux en observant :

" Considérant qu'au niveau des prix globaux, l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 impose de procéder à la vérification du montant total des offres qui s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres ;
Qu'il résulte de la moyenne des offres, calculée en excluant l'offre la plus basse et celle plus élevée, qu'aucune des offres ne s'écarte d'au moins quinze pour cent en

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

dessous de la moyenne".

Il ressort à suffisance de l'acte attaqué que la partie adverse n'a pas négligé l'obligation de procéder à la vérification des prix globaux. Après avoir vérifié les prix unitaires, elle a constaté – sans que ce fait soit démenti – qu'aucune offre ne présentait un prix global devant être considéré comme apparemment anormal selon la règle établie à l'article 99, § 2, et elle a implicitement mais certainement considéré que le prix global de l'adjudicataire pressenti n'était pas apparemment anormal.

Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation sur la question de savoir si un prix global doit, ou non, être considéré comme apparemment anormal. Le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que le prix global du soumissionnaire moins-disant n'était pas apparemment anormal et la requérante n'avance aucun élément permettant de contredire les constats et appréciations de la partie adverse. Elle ne démontre aucune erreur manifeste d'appréciation sur ce point.

La motivation formelle du contrôle des prix globaux peut être succincte lorsque, comme en l'espèce, le ratio défini par l'article 99, § 2, n'est pas atteint, qu'aucun élément particulier ne permet de considérer que ce prix pourrait être anormal et que, de surcroît, de nombreux prix unitaires ont fait l'objet d'une vérification. En ce qui concerne la vérification des prix globaux, les motifs exprimés par la partie adverse et reproduits ci-dessus sont suffisants pour répondre aux exigences de la motivation formelle.

En ce qui concerne le contrôle des prix unitaires, il ressort du dossier administratif que "tous les prix [ont été] analysés par l'auteur de projet" et que celui-ci a considéré que "les prix sont calculés correctement, de manière transparente (voir tableau d'analyse auteur de projet)". Par ailleurs, dans l'acte attaqué, la partie adverse relève d'abord ce qui suit :

" pour la S.A. BAJART, les prix sont justifiés et sont scindés «tous les prix par rapport aux travaux en interne et les travaux en sous-traitance et la répartition des frais généraux et bénéfices se font aussi de manière distincte (10 et 15 %)»".

Après avoir écarté quatre offres dont "certains prix ne sont pas justifiés" ou dont "les prix sont maintenus sans justification", la partie adverse expose ce qui suit au sujet des justifications de prix unitaires de la S.A. BAJART :

" Considérant pour ce qui concerne l'offre de la S.A. BAJART, que cette dernière explique qu'elle est active depuis 125 ans dans les travaux de restauration (maçons,

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

ouvriers spécialisés en injection et ancrage, tailleurs de pierre, charpentiers, menuisiers, plafonneurs, …) ; que cet élément est confirmé par les fiches produites pour justifier les postes unitaires qui font apparaître que la majorité des travaux sont réalisés en interne mais aussi par les «fiches signalétiques sous-traitant», jointes à l'offre, dont il ressort qu'à peine 24,14 % du marché est sous-traitée (par comparaison, la S.A. GALERE sous-traite plus de 70 % du marché);
Qu'elle produit, pour chaque poste unitaire à justifier, une fiche décomposant, de manière très précise, le prix unitaire de vente en faisant apparaître si sa réalisation se fait, en tout ou en partie, en sous-traitance, la main d'œuvre nécessaire et, le cas échéant, le corps de métier en cause (charpentier, maçon, ardoisier, grutier, …), les quantités, les coûts unitaires, le prix de revient, ainsi que la répartition de l'installation de chantier et des frais généraux et bénéfices ;
Qu'il ressort des fiches produites que le prix de chaque poste unitaire est justifié ;
Considérant toujours pour ce qui concerne l'offre de la S.A. BAJART, que les justifications produites font apparaître que le taux appliqué pour les frais généraux et les bénéfices est différent selon qu'il s'agit de travaux en sous-traitance (10 %) ou en interne (15%)".

Elle expose ensuite longuement les motifs pour lesquels elle juge que l'application de taux distincts ne justifie pas en soi d'écarter l'offre de la S.A. BAJART.

La motivation formelle de l'acte attaqué fait apparaître que la partie adverse a examiné non seulement les justifications d'ordre général fournies par la S.A. BAJART, mais aussi le détail des fiches signalétiques, et qu'elle a considéré que chaque prix unitaire était justifié au regard du corps de métier en cause (charpentier, maçon, ardoisier, grutier, …), des quantités, des coûts unitaires, du prix de revient, ainsi que de la répartition de l'installation de chantier et des frais généraux et bénéfices. Elle a ensuite répondu à l'argumentation avancée dans la première requête de la partie requérante. Le Conseil d'État n'aperçoit pas et la partie requérante n'indique pas ce que la partie adverse eût dû mentionner de plus pour compléter cette motivation, sans violer la confidentialité des prix unitaires, à laquelle la requérante se montre également attachée puisqu'elle demande que soit maintenue la confidentialité de son offre.

L'observation générale formulée au point 49 du dernier mémoire de la requérante, en réplique au rapport de l'auditeur, ne contient pas d'élément susceptible de remettre en cause les considérations qui précèdent.

Il ressort de ce qui précède que le moyen n'est pas fondé en sa deuxième branche.

V. Confidentialité

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

La requérante dépose à titre confidentiel la pièce 3 de son dossier, laquelle correspond au courrier qu'elle a adressé le 14 décembre 2015 à la partie adverse, et aux annexes à ce courrier (à savoir les justifications des prix unitaires de son offre). Elle considère, par ailleurs, que son offre, qu'elle ne dépose toutefois pas, doit être déclarée confidentielle.

La partie adverse demande, quant à elle, que soit ordonnée la confidentialité des pièces 4, 5, 7 et 8 du dossier administratif, étant respectivement les offres de la requérante et de l'attributaire du marché, ainsi que les justifications de prix fournies par ces deux soumissionnaires.

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

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

La requérante ne fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Le rejet du recours justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la requérante.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête est rejetée.

Article 2.

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros, accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^{e} chambre, le trente octobre deux mille dix-neuf par :

MM.	Imre KOVALOVSZKY,	président de chambre,
	David DE ROY,	conseiller d'État,
M^{me}	Nathalie VAN LAER,	conseiller d'État,
M.	Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Imre KOVALOVSZKY.

‡DAKTMCDFJ-BDJDBJV‡