

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 218.223 du 28 février 2012

G./A.203.431/VI-19.470

En cause : **1. la société anonyme EUROVIA BELGIUM,**
2. la société anonyme NUTONS,
ayant formé une société momentanée
EUROVIA BELGIUM-NUTONS,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur,

contre :

la Région de Bruxelles-Capitale, représentée par
son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me François TULKENS, avocat,
chaussée de la Hulpe, n° 120,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme KRINKELS,

ayant élu domicile chez
Me Cies GYSEN, avocat,
Antwerpsesteenweg, n°^{os} 16-18,
2800 Mechelen.

**LE PRESIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA DEMANDE

Par une demande introduite le 31 janvier 2012, la société anonyme EUROVIA BELGIUM et la société anonyme NUTONS, ayant formé une société momentanée EUROVIA BELGIUM-NUTONS, sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

- " - la décision datée du 16 janvier 2012 du directeur faisant fonction de la Direction d'Appui Administratif de Bruxelles Mobilité — AED (Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale) d'évincer l'offre de la société momentanée EUROVIA Belgium - NUTONS déposée dans le cadre du marché sujet à commandes pour le

réaménagement linéaire de trottoirs le long des voiries régionales dans la Région de Bruxelles-Capitale 2011-2013 (C.S.Ch. BMB/DPT-DPW/2011-0237);

- la décision de la partie adverse, de date inconnue, d'attribuer ledit marché à la société KRINKELS N.V."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 31 janvier 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 16 février 2012 à 10 heures 30.

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

Par une requête introduite le 10 février 2012, la société anonyme KRINKELS demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, Mes François TULKENS et Maxime VANDERSTRAETEN, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Me Stéphanie TAELEMANS, Gite LAENEN et Cies GYSEN, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, 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

Le marché visé dans l'objet de la requête a fait l'objet d'une publication au Bulletin des adjudications le 9 septembre 2011 et au Supplément au Journal officiel de l'Union européenne le 14 septembre 2011.

La procédure choisie pour l'attribution du marché est celle de l'adjudication publique.

Six entreprises, dont les sociétés requérantes, constituées en société momentanée EUROVIA BELGIUM – NUTONS ont remis une offre pour les montants, hors T.V.A. (en euros) suivants :

	HTVA
S.M. EUROVIA BELGIUM S.A. – NUTONS S.A.	2.099.845,50
N.V. KRINKELS	2.345.785,50
N.V. KEMBO	2.369.505,89
N.V. WEGEBO	2.530.094,82
N.V. DE DENDER	2.712.805,08
S.A. LES ENTREPRISES MELIN	4.500.590,00

La partie adverse a informé la société momentanée EUROVIA BELGIUM – NUTONS que son offre s'écartait de plus de 15 pour cent de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires sélectionnés, et lui a demandé de fournir les justifications adéquates conformément à l'article 110, §§ 3 et 4, 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.

Les requérantes ont donné suite à cette demande par un courrier du 29 novembre 2011, lequel est accompagné de diverses annexes.

Le 16 décembre 2011, la partie adverse attribue le marché à la société KRINKELS et décide l'éviction de la société anonyme ENTREPRISES MELIN et de la société momentanée EUROVIA BELGIUM – NUTONS, ci-après dénommée "la partie requérante".

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 10 février 2012, la société anonyme KRINKELS demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE DU RECOURS

V. 1. Contrairement à ce que soutient la partie intervenante, la partie requérante a intérêt au recours car si son offre n'avait pas été déclarée irrégulière, le

marché aurait dû lui être attribué. C'est précisément ce qu'elle tente de démontrer dans sa requête.

V. 2. La partie adverse a accepté l'offre de la partie requérante. En droit, elle est irrecevable à se prévaloir d'une irrégularité quant à la qualité à agir.

En fait, contrairement à ce que suppose la partie adverse, les deux protocoles requis ont été déposés par les sociétés requérantes, constituées en société momentanée.

V. 3. Le recours est donc recevable.

VI. MOYEN UNIQUE

VI.1. Arguments de la partie requérante

Le moyen unique est "pris de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993 et de l'article 110, §§ 3 et 4 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, du principe de la légalité des motifs et de l'obligation de motivation matérielle de tout acte administratif, des principes généraux d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de proportionnalité et de bonne administration, de l'insuffisance, de l'absence et de l'erreur dans les motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Dans une première branche, la partie requérante examine, un à un, les motifs pour lesquels son offre a été écartée. Elle estime ces motifs inexacts, erronés, inexistants ou non vérifiés.

Dans une deuxième branche, elle fait valoir que l'écart entre le montant de son offre et celle de l'adjudicataire est d'à peine 2 pour cent. Elle considère qu'elle ne pouvait être écartée sans que le soumissionnaire, finalement retenu, n'ait eu à justifier, lui aussi, son offre.

Dans une troisième branche, elle invoque la violation de l'égalité entre soumissionnaire. Elle considère qu'il était excessif de l'écarter puisque l'écart entre son offre et celle de la partie intervenante n'était que de 7,85 pour cent. Elle précise qu'il n'y a pas d'obligation d'interroger un soumissionnaire lorsque l'écart est inférieur à 15 pour cent, qu'en l'espèce, l'écart avant justification était à peine supérieur à 15 pour cent et après justification, il n'était que de 7,85 pour cent. Elle relève que l'offre retenue s'écartait elle aussi de 5,77 pour cent par rapport à la moyenne et souligne que la partie intervenante n'a pas été interrogée.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

a) L'article 110, §§ 3 et 4, 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 dispose comme suit :

" § 3. Toutefois, avant d'écarter éventuellement une offre, en raison du caractère apparemment anormalement élevé ou anormalement bas des prix unitaires ou globaux qu'elle contient, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire en cause, par lettre recommandée, à fournir, par écrit les justifications nécessaires dans un délai de douze jours de calendrier, à moins que l'invitation prévoie un délai plus long. La preuve de l'envoi de ces justifications incombe au soumissionnaire. Lors de la vérification de prix apparemment anormalement bas, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération des justifications se référant notamment :

1° à l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

2° aux solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

3° à l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

4° au respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;

5° à l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lorsque le montant estimé du marché atteint le montant pour la publicité européenne 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 adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne.

§ 4. En outre, en cas de marché public de travaux à passer par adjudication publique ou restreinte et pour autant qu'au moins quatre offres aient été déposées, toute offre dont le montant s'écarte d'au moins quinze p.c. en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par des soumissionnaires sélectionnés est considérée comme une offre exigeant la vérification par le pouvoir adjudicateur de l'éventuelle anormalité de ce montant.

La moyenne visée à l'alinéa 1^{er} 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, parmi les plus élevées, un nombre d'offres représentant le quart de l'ensemble des offres. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart de celui-ci est arrondi à l'unité supérieure;

2° lorsque le nombre des 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 l'éventuelle anormalité de son montant au sens du présent paragraphe, le pouvoir adjudicateur doit :

1° soit motiver formellement dans la décision d'attribution du marché le rejet du grief d'anormalité apparente du montant de l'offre;

2° soit inviter le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires comme prévu au § 3. Si, après examen de ces justifications, le montant de l'offre est retenu comme anormal ou en l'absence de justifications dans le délai imparti, le pouvoir adjudicateur doit, par dérogation au § 2, considérer l'offre comme irrégulière et partant comme nulle de plein droit."

b) En principe, en présence d'une offre dont le montant s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires sélectionnés, le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier l'éventuelle anormalité de ce montant. Il peut le faire en interrogeant le soumissionnaire concerné ou en opérant lui-même les vérifications nécessaires sur la base des informations dont il dispose.

Le soumissionnaire interrogé sur son prix anormalement bas doit le justifier de manière acceptable, précise, concrète et étayée en faits.

Les justifications peuvent notamment, mais pas uniquement, tenir :

- 1° à l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
- 2° aux solutions techniques adoptées et/ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
- 3° à l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
- 4° au respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;
- 5° à l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

La partie adverse dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation.

Si le Conseil d'Etat ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, il lui revient toutefois, de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de ce pouvoir et de censurer dans le chef de ce dernier une appréciation manifestement déraisonnable.

c) En l'espèce, les justifications de la partie requérante étaient de deux ordres : des considérations générales sur le montant global de l'offre d'une part et des considérations chiffrées sur ce montant, d'autre part.

d) 1° Au titre des considérations générales, la partie requérante fait valoir le prix exagérément haut de l'offre de la société anonyme LES ENTREPRISES MELIN.

L'offre de cette société ayant été déposée et sélectionnée, la partie adverse devait la prendre en compte et constater dès lors, un écart de plus de quinze

pour cent. Elle devait aussi vérifier la normalité du prix anormalement bas, c'est-à-dire celui de la partie requérante, et écarter l'offre la plus chère, c'est-à-dire celle de la société anonyme LES ENTREPRISES MELIN. La partie adverse a, en conséquence, agit légalement.

2° La partie requérante prétend avoir une expérience cumulée de travaux d'aménagement en zone urbaine.

La partie adverse a pu, sans commettre d'erreur, estimer, comme elle l'a fait, que la partie requérante n'établissait pas en quoi cette expérience, que d'autres soumissionnaires peuvent revendiquer, serait exceptionnelle au point d'avoir une incidence déterminante sur son prix.

3° La partie requérante souligne qu'elle a exécuté d'autres marchés en région bruxelloise. Elle soutient, d'une part, que la partie adverse ne pouvait retenir un poste relatif (à un hydrocarboné) sur 330 des 400 postes pour mettre en cause la justification de son prix dans son ensemble.

D'autre part, elle estime, notamment, que la partie adverse aurait dû vérifier en ce qui concerne la réduction de frais personnel, de transport et de mobilité si d'autres soumissionnaires bénéficiant de cet avantage souhaitaient en tirer profit pour diminuer leur prix.

Quant à la première critique, il y a lieu de l'écarter. En effet, la référence à un marché antérieur, qui n'a pas donné lieu à un contrôle des prix remis par l'attributaire de ce marché, est sans pertinence.

D'autre part, la partie adverse a pu, comme elle l'a fait, et sans commettre d'erreur, considérer que cette justification de la partie requérante n'était pas pertinente pour justifier le prix dans un marché donné. La partie requérante n'établit, en outre, pas le caractère exceptionnel de ladite réduction.

4° La partie requérante invoque encore la comparaison, pour ce qui concerne les prix unitaires, avec un autre marché en cours, qu'elle identifie.

Contrairement à l'autre marché, la vérification du prix s'imposait, dans le présent marché, étant donné l'écart du prix par rapport à la moyenne des prix. En outre, c'est au soumissionnaire interrogé d'apporter une justification concrète de son prix dans le marché en cause.

5° La partie requérante fait état de sa compétitivité exceptionnelle dans le secteur concerné.

Les motifs pour lesquels la partie adverse rejette cette justification, à savoir : le fait qu'il s'agit de considérations générales dont l'impact sur le marché en cause est inconnu, sont pertinents. La partie adverse a aussi, entre autres, relevé le caractère incomplet du document que la partie requérante cite à l'appui de sa thèse.

6° La partie requérante souligne qu'elle recourt à l'autofinancement, ce qui lui assure une plus grande indépendance et flexibilité dans sa politique commerciale.

La partie adverse n'a pas commis d'erreur en estimant que cette explication, trop générale, n'est étayée par aucune preuve ou élément chiffré permettant de comprendre dans quelle mesure cet argument pourrait affecter le montant de l'offre.

e) 1° La partie requérante avance, par ailleurs, des considérations chiffrées pour tenter de justifier le prix anormalement bas de son offre. Elle conteste le fait que la partie adverse a estimé devoir "nuancer" l'avantage pour les revêtements hydrocarbonés et le mobilier urbain au motif que les autres soumissionnaires peuvent se prévaloir de conditions aussi avantageuses.

La partie adverse a rejeté cette justification pour les motifs suivants :

" Sur les revêtements hydrocarbonés :

Avis : Ce point concerne le chapitre «revêtements hydrocarbonés», soit les postes 121 à 128 du métré.

Le montant total relatif à ces postes pour :

- l'offre de SM Eurovia Belgium – Nutons : 15.478 €

- La moyenne des offres, hors les offres de SM Eurovia Belgium – Nutons et Melin entreprises : 34.458,29 €

- La différence est de 18.980,29 €

Le pouvoir adjudicateur note cependant que le fait de disposer de ses propres centrales d'asphaltage ne constitue pas un avantage exceptionnel vu l'éloignement de celles-ci (Bailleux, Lessines et Bierghes) par rapport à d'autres soumissionnaires qui ont des centrales à Bruxelles ou en périphérie.

Sur le mobilier urbain :

Avis : la fidélisation des fournisseurs est sans doute présente chez tous les soumissionnaires et ne pourrait donc constituer un avantage supplémentaire propre à SM Eurovia Belgium – Nutons que si le soumissionnaire démontrait son avantage particulier, ce qu'il ne fait pas."

La partie requérante ne conteste pas l'exactitude ni la pertinence de ces motifs.

2° Quant à la justification relative à la main d'œuvre et au matériel, la partie adverse a rejeté celle-ci pour les motifs suivants :

" Avis : Pour le pouvoir adjudicateur, il ne s'agit pas là de conditions exceptionnellement favorables dont elle serait la seule à bénéficier. Les autres soumissionnaires présentent à cet égard un profil comparable. La SM Eurovia Belgium – Nutons ne démontre pas son avantage particulier et ne justifie en rien le montant avancé."

Ici aussi, la partie requérante ne démontre pas que ces motifs seraient inexacts.

f) Il s'ensuit que la partie requérante ne conteste pas à proprement parler l'exactitude des motifs avancés par la partie adverse pour rejeter ses explications du prix anormalement bas de son offre mais reproche à la partie adverse un défaut de minutie dans la mesure où elle n'a pas vérifié auprès des autres soumissionnaires s'ils bénéficiaient d'avantages comparables. Pareille critique ne peut-être retenue au regard des règles énoncées ci-dessus au point b).

En effet, ce n'est pas au soumissionnaire dont le prix est le plus bas que le marché doit être attribué mais au soumissionnaire qui a remis une offre à un prix régulier et le plus bas.

Le prix de la partie requérante s'écarte de plus de quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires sélectionnés, ainsi qu'il a été établi ci-avant, et dès lors, le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier le prix anormalement bas. C'est au soumissionnaire interrogé sur le prix de son offre de renverser cette "présomption" d'anormalité, ce que la partie requérante n'a pas fait en l'espèce.

La première branche du moyen unique n'est pas sérieuse.

g) Dans la deuxième branche du moyen, la partie requérante soutient que la partie adverse ne pouvait l'écarter sans inviter la partie intervenante à justifier son offre.

La prémisse du raisonnement de la partie requérante est erronée. En effet, la partie adverse a additionné toutes les justifications chiffrées de la partie requérante, acceptées (comme c'est le cas pour la "pierre bleue" et les "signalisations et marquage") ou rejetées (le reste). Elle a ainsi démontré que ces justifications ne permettent pas de justifier le prix anormalement bas de la partie requérante.

La deuxième branche du moyen unique n'est pas fondée.

h) Dans la troisième branche du moyen unique, qui invoque la violation de l'égalité entre les soumissionnaires, la partie requérante soutient qu'il est excessif de l'avoir écartée alors que :

- il n'y a pas d'obligation d'interroger en dessous de 15 pour cent d'écart;
- l'écart avant justification était à peine supérieur à 15 pour cent;
- l'écart après justification n'était que de 7,85 pour cent;
- l'offre retenue s'écartait elle aussi de 5,77 pour cent;
- et que les soumissionnaires écartés n'ont pas été interrogés.

Ici aussi, la prémisse du raisonnement de la partie requérante est erronée pour les mêmes motifs que ceux énoncés ci-dessus à propos de la deuxième branche.

i) Le moyen unique n'est sérieux en aucune de ses branches.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme KRINKELS est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 475 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 237,50 euros chacune.

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

M ^{mes} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.