

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 227.960 du 2 juillet 2014

G./A.212.740/VI-20.211

En cause : **la société privée à responsabilité limitée MAINTENANCE INDUSTRIELLE WALLONNE**, en abrégé M.I.W.,

ayant élu domicile chez
Me Philippe HOREMANS, avocat,
rue de la Souvenance, n° 17,
7522 Tournai,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
Intercommunale de gestion de l'environnement**,
en abrégé IPALLE,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et Isabelle
VAN KRUCHTEN, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 11 juin 2014, la société privée à responsabilité limitée MAINTENANCE INDUSTRIELLE WALLONNE, en abrégé M.I.W., sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de "la décision prise le 28 mai 2014 par la SCRL INTERCOMMUNALE DE GESTION DE L'ENVIRONNEMENT, en abrégé IPALLE d'attribuer le marché public référencé «Marché de services de nettoyage du site industriel de l'unité de valorisation énergétique de THUMAIDE» à la SA LAURENTY".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 12 juin 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 27 juin 2014 à 10 heures 30.

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

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'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Sébastien FIEVEZ, loco Me Philippe HOREMANS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Isabelle VAN KRUCHTEN, loco Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, 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

Tels que les relate la partie adverse, les faits peuvent être décrits comme suit:

- " 1. La présente procédure concerne un marché de services de nettoyage des installations de l'Unité de valorisation énergétique de Thumaide. C'est la première fois que ce marché est lancé. Auparavant, la sclr IPALLE procédait au nettoyage de ses installations par du personnel en interne (environ 3 personnes). Les installations du site de Thumaide ont cependant été récemment étendues : de nouveaux fours ont été construits. Dans ces conditions, il a été décidé de recourir à un tiers pour le nettoyage du site et d'affecter le personnel interne précédemment en charge du nettoyage à d'autres tâches. C'est dans ce contexte que le présent marché a été lancé.
2. Ce marché a fait l'objet d'un appel d'offres ouvert avec publicité européenne. Un avis de marché a été envoyé le 31 janvier 2014 au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne.
3. Les offres devaient être déposées pour le 28 mars 2014 au plus tard. A cette date, la partie adverse était en possession des offres des quatre compétiteurs suivants:
- SHANKS ;

- LAURENTY ;
- CARO-MAINTENANCE ;
- MIW.
- [...]

4. La partie adverse a procédé à l'analyse des offres déposées. Les critères d'attribution sont au nombre de 2:

- Le coût (70 points) ;
- Le nombre d'heures de prestations sur une base annuelle (30 points).

5. En sa séance 28 mai 2014, la partie adverse a attribué le marché à la société LAURENTY qui a déposé l'offre régulière la plus intéressante au regard des critères d'attribution.

6. Par un courrier daté du 28 mai 2014, adressé par voie recommandée et par fax, la SCRL IPALLE a informé la partie requérante que le marché était attribué à un autre compétiteur et qu'elle disposait d'un délai de 15 jours pour, le cas échéant, introduire un recours en suspension d'extrême urgence.

7. Par courriel du 12 juin 2014, le conseil de la partie requérante a informé la partie adverse de l'introduction du présent recours".

IV. PREMIER MOYEN

IV.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, "pris de la violation de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, 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 des actes administratifs". Elle le formule comme suit:

" La requérante reproche à la partie adverse d'avoir insuffisamment motivé sa décision d'attribution et plus particulièrement de n'avoir pas respecté le prescrit de l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991 qui prévoit que la motivation «doit être adéquate».

Qu'il ressort en effet de cette décision que :

- L'offre de la SA LAURENTY (183.686,00 €) est inférieure de 17,26 % à la moyenne des soumissions (c'est-à-dire les soumissions classées 2^{ème} et 3^{ème} (moyenne de 222.011,28 € calculée conformément à l'article 99 § 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011)).
- L'offre de la SA CARO-MAINTENANCE (194.376,10 €) est, quant à elle, inférieure de 12,45 % à la moyenne des soumissions.
- Que la partie adverse n'expose pas, dans sa motivation, qu'elle a interrogé les SA LAURENTY et SA CARO-MAINTENANCE conformément à l'article 21 § 1^{er} de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui précise que «Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification».

Alors que, une «motivation adéquate» impliquait qu'eu égard aux prix offerts, la partie adverse puisse justifier sa décision dans le respect de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 :

«Les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence».

Que cela impliquait que la partie adverse invite les soumissionnaires LAURENTY et CARO-MAINTENANCE à justifier leurs prix.

Que, selon [la] requérante, la vérification des prix LAURENTY et CARO-MAINTENANCE n'a pas été faite malgré le caractère particulièrement anormal de ceux-ci".

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen ne formule aucun grief précis au regard duquel la requérante s'autoriserait à invoquer une méconnaissance de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. En tant qu'il invoque la violation de cette disposition, le moyen est irrecevable.

La décision par laquelle la partie adverse considère comme régulières les offres des sociétés LAURENTY et CARO-MAINTENANCE, sans que les prix qui y étaient proposés lui soient parus anormaux, ne devait pas faire l'objet d'une motivation spéciale. En tant qu'il invoque la violation 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, ainsi que des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, le moyen ne peut être tenu pour sérieux.

Par ailleurs, le caractère "apparemment anormalement bas" des prix proposés par les sociétés LAURENTY et CARO-MAINTENANCE ne peut, en toute hypothèse, se déduire de la seule référence à l'écart qui sépare chacun d'eux d'une moyenne calculée conformément à l'article 99, paragraphe 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Cette disposition n'est, en effet, applicable qu'aux seuls marchés de travaux passés par adjudication.

Enfin, l'article 21, paragraphe 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité n'impose pas au pouvoir adjudicateur d'interroger les soumissionnaires.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen ne peut être considéré comme sérieux.

V. DEUXIÈME MOYEN

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un deuxième moyen, "pris de la violation de l'article 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 95 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et de l'article 1.4 du cahier spécial des charges, [en] ce que les offres LAURENTY et CARO-MAINTENANCE étaient toutes deux matériellement irrégulières au sens des articles 25 de la loi du 15 juin 2006 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011". Elle le développe en deux branches qui se présentent comme suit:

" 1. Concernant le critère du prix

Pour des services identiques, la SA LAURENTY offre un prix HTVA de 183.686,00 €, la SA CARO-MAINTENANCE un prix HTVA de 194.376,10 € et [la] requérante un prix de 249.646,45 €.

Cette différence de prix s'explique, d'une part, par une sous-estimation importante du volume d'heures nécessaires (voir point 2 ci-dessous), mais également et nécessairement par le non-respect de la Commission paritaire n°121.00.00-00.00 relative au «Nettoyage et désinfection».

Cette Commission paritaire impose un salaire minimum de 14,4805 €/h pour un manœuvre chargé de nettoyage industriel (catégorie 8 A).

Que le caractère industriel des prestations à réaliser apparaît, notamment, des dispositions suivantes du Cahier spécial des charges :

- Page 1. L'intitulé du marché renvoie à un nettoyage de site industriel.
- Page 7. Le marché s'adresse à la «Commission paritaire 121 pour les Entreprises de Nettoyage et de Désinfection pour la catégorie de fonction applicable aux différentes tâches décrites dans le cahier des charges».
- Page 14. Il est fait état de moyens de manutention particuliers (Clarck, transpalette, etc.), associés à du travail industriel.
- Page 20. Les formations nécessaires pour pouvoir accomplir les travaux (travail en hauteur, port du harnais, échafaudage, nacelle, clarck) sont spécifiques au travail industriel.
- Page 20. Un PPSS (Plan Particulier de Sécurité et Santé) doit être établi.
- Page 23 à 29. Ce chapitre reprend une description des installations, le type de travail à effectuer, des précisions sur ce qu'implique le nettoyage, le matériel nécessaire, ainsi qu'un paragraphe sur du nettoyage trimestriel de voiries et sur des nettoyages urgents en cas d'anomalies dans le process. Tous ces détails concernent un marché de nettoyage industriel.

Qu'or, pour atteindre le prix offert par la SA LAURENTY et la SA CARO-MAINTENANCE, il est impossible de respecter le salaire minimum de 14,4805 €/h pour un manœuvre chargé de nettoyage industriel (catégorie 8 A).

Qu'il est certain que le salaire minimum appliqué par ces soumissionnaires est celui de la catégorie 1A «nettoyage habituel» (12,3270 €/h), voire la catégorie 2A «nettoyage semi-lourd» (13,1430 €/h).

Que l'impact de ce barème inadéquat est démultiplié après application des charges salariales (85%) et l'application des frais généraux (de l'ordre de 19% dans ce secteur), ce qui explique la grande discordance entre le prix total offert par ces 2 soumissionnaires et les prix remis par [la] requérante et la 4^{ème} classée, la SA SHANKS HAINAUT.

À titre exemplatif concernant le prix LAURENTY, avec un taux de catégorie 8A, et en tenant compte des heures de prestation proposées par ce soumissionnaire, son offre devrait être au minimum de $6440 \text{ heures} \times 14,4805 \text{ €/h} = 93.254,42 \text{ €} \times 1,85 = 172.520,68 \text{ €} \times 1,19 = \text{soit } 205.299,61$ et cela avec une marge bénéficiaire égale à zéro !

Que le prix offert par la SA LAURENTY est de 183.686,00 € soit plus de 10% en dessous du prix de revient !

Dès lors que les prix anormaux des soumissionnaires LAURENTY et CARO-MAINTENANCE ne peuvent être «justifiés» que par le non-respect d'un salaire minimum obligatoire de la Commission paritaire n°121.00.00-00.00 relative au «Nettoyage et désinfection», leurs offres sont matériellement irrégulières et la partie adverse aurait dû les exclure du comparatif.

2. Concernant le critère du nombre d'heures de prestation de nettoyage par an.

La partie adverse a fait l'effort louable de fournir aux soumissionnaires, compte tenu de son expérience du site et de sa connaissance des difficultés particulières des tâches à réaliser, une estimation du volume d'heures strictement minimum pour la réalisation du marché.

Cette estimation est détaillée, poste par poste, aux pages 24 à 28 du Cahier spécial des charges n°Thu/10.001/nettoyage site.

L'addition des heures de prestations pour les postes repris au chapitre III.2.2.1 (page 25) donne 118h/semaine ou 6.136 heures par an.

Pour le poste de nettoyage trimestriel de voirie (III.2.2.5, page 28), il faut tenir compte d'une durée minimale de 180 h/an.

Ainsi, un volume d'heures inférieur à 6.316 heures ($6.136 + 180$) est, selon la partie adverse elle-même, un volume d'heures insuffisant.

Comment, dans ces conditions, la partie adverse n'a-t-elle pas sanctionné la SA CARO-MAINTENANCE qui, pour remettre son prix anormal, tablait sur un volume de travail annuel de 5.962 heures ?

Qu'à tout le moins, l'attribution de 22,37 points sur 30 ne se justifiait pas dès lors que le volume d'heures proposé était inférieur au minimum requis ; que seule une cote d'exclusion (0/30) conservait une cohérence par rapport aux propres estimations minimales de la partie adverse".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la première branche

En dehors de l'hypothèse visée par l'article 99, paragraphe 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation particulièrement étendu dans l'application des articles 21 et 99 de cet arrêté, tant pour

décider de mettre en œuvre la procédure de contrôle de prix unitaires apparemment anormaux que pour apprécier la pertinence des justifications fournies par le soumissionnaire dans le cours de celle-ci.

La requérante ne soutient pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en ne considérant pas comme "apparemment anormalement bas" les prix proposés par les sociétés LAURENTY et CARO-MAINTENANCE.

Une telle erreur ne peut, en toute hypothèse, être imputée au fait que la partie adverse n'aurait pas eu égard au salaire minimum des travailleurs relevant de la catégorie 8 A visée à la convention collective de travail conclue au sein de la commission paritaire n° 121, dès lors qu'au regard de l'objet du marché c'est à la catégorie 9 qu'il y avait lieu de se référer.

Il s'ensuit qu'en cette branche, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

B. Quant à la deuxième branche

Dès lors que la requérante ne conteste que la régularité de la seule offre de la société CARO-MAINTENANCE, et qu'elle ne met pas en cause la régularité de l'offre de la société LAURENTY mieux classée que son offre, elle n'a pas intérêt au moyen en sa deuxième branche. Celui-ci doit, en conséquence, être déclaré irrecevable.

VI. CONFIDENTIALITÉ

La partie adverse souhaite garder la confidentialité des offres de la requérante, ainsi que des sociétés LAURENTY et CARO-MAINTENANCE.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les offres de la requérante, ainsi que des sociétés LAURENTY et CARO-MAINTENANCE, déposées en pièces 6, 7 et 8 du dossier administratif, resteront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

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 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.