CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 229.780 du 12 janvier 2015

G./A.214.373/VI-20.324

En cause : **la société privée à responsabilité limitée ENTREPRISES PAUL FRATEUR,**

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Nathalie FRANCOIS, avocats,
rue de Loxum, Central Plaza, n° 25,
1000 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne,
représentée par son Gouvernement,

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

LE PRESIDENT DE LA VIe CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT, SIEGEANT EN REFERE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête unique introduite le 1er décembre 2014, la société privée à responsabilité limitée ENTREPRISES PAUL FRATEUR demande l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la Région wallonne du 13 octobre 2014 déclarant son «offre de prix irrégulière» et attribuant le marché (n° 02.05.02 - 13E37) de travaux relatif à des aménagements locaux du Réseau Autonome des Voies Lentes (RAVeL) à un autre soumissionnaire".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 2 décembre 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 5 janvier 2015 à 10 heures 30.

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.

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

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

Mes Bruno LOMBAERT et Nathalie FRANCOIS, avocats, comparaissant pour la partie requérante et Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, a été entendu en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le marché litigieux fait l'objet d'une procédure d'adjudication publique.

III. 2. Le 11 juin 2014, les services compétents de la partie adverse, adressent la demande suivante à la partie requérante :

" La vérification de votre aptitude à l'égard des critères de sélection qualitative a été effectuée et ne soulève pas de remarques.
Par contre, l'examen des prix unitaires de votre offre révèlent des écarts importants avec les montants de notre estimation et des autres soumissionnaires.
En application de l'article 21 § 1 et § 3 de l'AR du 15 juillet 2011 relatif aux marchés publics, je vous invite à fournir les justifications :

- des prix apparemment anormalement bas des postes 63 et 163;
- du prix apparemment élevé du poste 71.

[…]".

III. 3. La requérante y répond le 21 juin 2014.

III. 4. Le rapport d'examen des offres est rédigé le 15 septembre 2014.

III. 5 Le 13 octobre 2014, le directeur général de la direction générale opérationnelle de la Mobilité et des Voies hydrauliques prend la décision suivante :

" […]
Etant donné qu'après avoir été interrogés par le pouvoir adjudicateur en application des articles 21 §1 et §3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les soumissionnaires Entreprises FRATEUR SPRL, ARTES-TWT SA et SOCOGETRA ont transmis dans le délai imparti leurs justifications de prix pour les postes apparemment anormalement bas et hauts;

Etant donné que pour les 4 prix unitaires à justifier par le soumissionnaire Entreprises FRATEUR SPRL, la justification de 3 de ceux-ci ne permet pas d'écarter le caractère anormalement bas ou élevé de ces prix, qu'il y a un risque de spéculation sur les quantités finalement exécutées et sur la qualité d'exécution d'un des ces postes, que ces prix unitaires sont alors jugés anormaux, et que donc l'offre de Entreprises FRATEUR SPRL est irrégulière;

Etant donné que pour le prix unitaire à justifier par le soumissionnaire ARTES-TWT SA, la justification permet d'écarter le caractère anormalement élevé de ce prix, qu'il n'y a pas de risque de spéculation quant à une majoration de la quantité présumée lors de l'exécution de ce poste, celle-ci étant bien cernée, que ce prix unitaire est alors jugé normal;
[...]
Etant donné qu'il ressort de l'analyse des offres que parmi les soumissionnaires sélectionnés, l'offre déposée par ARTES-TWT SA est la seule offre régulière;

Pour ces motifs, j'ai décidé d'attribuer le présent marché à la SA ARTES-TWT pour un montant total de 999.321,90 € TVAC et de commander la tranche ferme au montant de 617.917,11€ TVAC".

Il s'agit de l'acte attaqué.

III. 6. Cette décision a été communiquée à la partie requérante, par extrait, ainsi que l'extrait pertinent du rapport d'analyse des offres, par courrier daté du 14 novembre 2014.

IV. RECEVABILITE

IV. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soutient qu'en raison du montant du marché litigieux, inférieur au seuil européen, et de l'article 30 (qui renvoie à l'article 11) 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, elle n'était pas soumise à l'obligation légale de respecter un délai d'attente préalablement à la notification de la décision d'attribution. Elle ajoute qu'en l'espèce, le contrat de marché public a été conclu par la notification de la décision d'attribution.

Après avoir fait état d'arrêts du Conseil d'Etat antérieurs à l'application de la loi du 17 juin 2013 précitée, spécialement de son article 30, alinéa 3, elle rappelle qu'en vertu des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, le requérant doit toujours justifier d'un intérêt au recours ou en d'autres termes, établir le caractère effectif du recours.

Elle ajoute que si, en l'espèce, le Conseil d'Etat se prononçait selon la procédure d'extrême urgence, il porterait inutilement atteinte à ses droits de la défense

d'autant que sur le plan financier, le Conseil d'Etat peut désormais condamner la partie qui succombe à une indemnité de procédure.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'exception soulevée par la partie adverse mérite un examen approfondi qui n'est pas conciliable avec la procédure d'extrême urgence.

A ce stade de la procédure, il y a lieu de rappeler qu'aux termes de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, il n'y a pas d'exclusion formelle des recours en suspension lorsque le contrat de marché public a été conclu. Or, cette disposition est applicable à tous les marchés et quel que soit leur montant. En l'espèce, la partie adverse déduit le défaut d'intérêt de la partie requérante du seul fait que le marché litigieux a été conclu. Toutefois, la disposition précitée permet les recours en suspension d'extrême urgence contre toutes les décisions unilatérales d'attribution des marchés publics. Aucune disposition légale n'exclut la compétence du Conseil d'Etat contre ces décisions. Dès lors, il appartient au Conseil d'Etat d'exercer la compétence qui lui a été attribuée par la loi du 17 juin 2013, sans qu'il y ait lieu de spéculer sur le sort qui sera réservé, ensuite d'un arrêt qui prononcerait la suspension de l'exécution de la décision attributive du marché, au contrat passé par le pouvoir adjudicateur et l'attributaire, voire sur son exécution en cours.

L'exception ne peut dès lors être accueillie.

V. MOYEN UNIQUE

V. 1. Requête

La partie requérante soulève un moyen unique rédigé comme suit:

" violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de la violation des articles 23 et 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (ci-après «la loi du 15 juin 2006»), des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 5, 8° et 29 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 (ci-après «la loi du 17 juin 2013»), des articles 21 et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après «l'arrêté royal du 15 juillet 2011»), du cahier spécial des charges, des principes généraux de bonne administration, du principe d'égalité et de libre concurrence, du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit (ou de motivation matérielle), de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir;

En ce que la partie adverse a considéré que l'offre de la partie requérante contenait des prix anormaux pour 3 des 261 postes du métré et a déclaré son offre irrégulière sur cette base, sans avoir effectué préalablement à la décision les vérifications nécessaires à la prise d'une décision en toute connaissance de cause et sans que les motifs de la décision ne permettent de comprendre le raisonnement qui a mené la partie adverse à rejeter, de manière objective et sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, les justifications détaillées et chiffrées transmises par la partie requérante;

Alors que les dispositions visées au moyen imposent à la partie adverse d'attribuer le marché passé en procédure d'adjudication au soumissionnaire présentant l'offre régulière la plus basse, sans pouvoir écarter ce dernier sur la base de motifs lacunaires et/ou inexacts, et sans pertinence, en vue d'attribuer le marché au soumissionnaire classé deuxième".

Dans le développement de son moyen, la partie requérante souligne que la décision attaquée repose sur des apparences et non sur des faits objectivement déterminés. Elle en veut pour preuve les termes utilisés par la partie adverse dans cette décision et le rapport d'attribution. Elle estime aussi que la partie adverse n'a "pas eu le moindre égard pour le profil de la partie requérante – société spécialisée dans les travaux de voirie, disposant par contre de moins d'équipement, etc. en matière de génie civil –". Elle soutient que la partie adverse aurait dû l'interroger à nouveau sur les prix en cause.

La partie requérante détaille ensuite son argumentation sur les trois postes pour lesquels la partie adverse lui a demandé une justification.

Pour ce qui concerne le poste 63, "Garde-corps métallique avec protection de galvanisation et peinture – Garde-corps métallique côté eau, y compris 4 boulons fusibles par pied", elle fait valoir en substance qu'elle a transmis une justification détaillée du prix proposé reposant pour partie sur un détail des coûts réalisés par le sous-traitant auquel elle avait l'intention de sous-traiter les postes 63 et 211 (postes identiques concernant respectivement le site du Pont de Jambes et le site du Pont des Ardennes).

Pour le poste 163, "Pavage en pavés de pierre, pose", elle précise qu'elle a remis une justification détaillée du prix proposé précisant notamment les coûts des différentes fournitures, les coûts de transport et les coûts de main d'œuvre en précisant le temps nécessaire à la pose, avec pour chaque élément le coefficient de frais généraux.

Enfin, pour le poste 71, "Infrastructure et ouvrage enterré, béton, classe C25/30 EE3, partie massive peu sollicitée en béton non armé - Béton de remplissage derrière le mur de quai sous le pont et entre le pont et l'escalier amont (partie sous dalle largeur constante)", la requérante indique aussi qu'elle a donné une justification

détaillée du prix proposé précisant notamment les coûts des différentes fournitures, les coûts de location d'équipements (dont une pompe à béton), les coûts de transport et les coûts de main d'œuvre en précisant le temps nécessaire aux différentes poses, avec pour chaque élément le coefficient de frais généraux. Elle souligne, également lors des plaidoiries, que la configuration des lieux et du mur à construire impose un travail en phases. Le béton de remplissage ne peut être coulé que couche par couche en vue de ne pas exercer une pression trop forte sur le mur de moellons à construire, lequel risque sinon de s'écrouler. Pour ce faire, la partie requérante expose qu'elle a besoin d'une pompe très spécifique dont ne disposent pas, en tout cas, les petites entreprises et qu'elle doit donc louer.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme suit :

" § 1er. 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.
§ 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.
[…]".

En l'espèce, pour ce qui concerne les postes 63 et 163, la partie adverse ne fournit pas d'explication valable au rejet des justifications de prix données par la partie requérante. En effet, d'une part, il n'apparaît pas en quoi précisément le fait qu'un des deux postes pour lesquels la partie requérante a remis des justifications détaillées est une tranche conditionnelle aurait influencé, de manière déterminante, le prix remis par la requérante, alors que les prestations pour ces deux postes sont identiques. Et, d'autre part, pour le poste 163, les trois motifs fondant le rejet des justifications fournies, à savoir : "D'emblée ce rendement nous semble trop optimiste", le groupement du poste 163 avec les postes 162, 164 et 165, et enfin, "le risque de spéculation quant à la réduction des quantités finalement exécutées" ne convainquent pas. Ces motifs reposent sur des suppositions non étayées et sur une méthode critiquable (groupement de postes).

Pour le poste 71, la partie requérante a fourni les justifications suivantes :

" Justificatif du poste 71
K3122
Infrastructure et ouvrage enterré, béton, classe C25/30 EE3, partie massive peu sollicitée en béton armé
Béton de remplissage et massifs sous la rampe côté amont

Justification du prix

Annexe	Poste	Désignation	U	PRu	Coef FG	Quantité	Pvu
		fourniture de béton : C25/30, 5% de perte	m^3	75,00€	1,17	1,050	92,14
		forfait journalier mini de pompe pour 8m^3/j	fft	400,00€	1,17	0,125	58,50
	77	ancrages pour étançonnement de maçonnerie	pce	30,00€	1,00	2,000	60,00
		Bois madriers, 3 mct/m^3	m^3	4,20€	1,17	3,000	14,74
	109	MO pose des madriers, rendement 1/2h/m^3	h	45,00€	1,00	0,500	22,50
		fourniture et pose de métal déployé pour arrêt béton					
		fourniture : 1/2m^2/m^3	m^2	3,50€	1,17	0,500	2,05
	109	pose dito : 10 minutes	h	45,00€	1,00	0,167	7,50
	109	pose béton : rendement de 5m^3/h à 4 hommes	h	45,00€	1,00	0,800	36,00
		transport pour courses diverses					
	111	camion : utilisation de 5 minutes/m^3	h	75,00€	1,00	0,083	6,25
		Total	m^3				299,68
		prix total du poste 71	m^3				299,68
		prix arrondi du poste 71	m^3				300,00

".

Il apparaît du dossier administratif et des réponses faites à l'audience à la suite de questions portant sur ce sujet que la partie requérante n'a pas informé la partie adverse que son prix pour le poste 71 comprenait la location de la pompe requise, selon elle, mais cet élément n'a pas été contesté, pour réaliser les travaux. Or, il s'agit là, selon la partie requérante elle-même, d'un élément important de la justification de son prix. Il en est de même de ce qui concerne l'utilisation limitée, en termes d'heures journalières, de cette pompe. A défaut, pour la partie requérante d'avoir indiqué ces éléments indispensables à la compréhension de son prix, la partie adverse a pu estimer, comme elle l'a fait, que celui-ci était anormalement élevé et en conséquence, déclarer l'offre irrégulière. En effet, aux termes de l'article 95, §4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, une offre affectée d'une irrégularité substantielle –ce qui est le cas en l'espèce- est nulle.

Il s'ensuit que le moyen unique n'est pas sérieux.

VI. CONFIDENTIALITE

VI. 1. Thèses des parties

La partie requérante joint à sa requête quatre documents qui, selon elle, "contiennent […] des informations techniques et commerciales confidentielles". Il s'agit de son offre et des documents justificatifs des prix remis pour les postes concernés par la demande de la partie adverse.

La partie adverse dépose à titre confidentiel les offres des trois soumissionnaires ainsi que le tableau comparatif des prix.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

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

Cette confidentialité est étendue à la pièce 8 de la partie non-confidentielle du dossier administratif, dès lors que la partie requérante souhaite la soustraire à la consultation d'autres parties.

VII. DEPENS ET INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie requérante sollicite la condamnation de la partie adverse à une indemnité de procédure d'un montant de 3360 euros.

Dès lors que, conformément à l'article 68 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948, la liquidation des dépens et la contribution au paiement de ceux-ci se fait au moment où le Conseil d'Etat statue sur la requête en annulation et, si la demande de suspension n'est pas accompagnée ou suivie d'une requête en annulation, dans l'arrêt qui lève la suspension, il n'y a pas lieu de se prononcer sur cette demande dans le présent arrêt.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces 1 à 4 du dossier confidentiel des parties requérantes ainsi que la partie confidentielle du dossier administratif, ainsi que la pièce 8 de la partie non confidentielle, sont, à ce stade de la procédure, soustraites à la consultation des parties.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le douze janvier deux mille quinze par :

Mmes Odile DAURMONT, Président de chambre,
Caroline HUGÉ, Greffier.

Le Greffier, Le Président,

Caroline HUGÉ. Odile DAURMONT.