

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 230.258 du 19 février 2015

G./A.214.857/VI-20.358

En cause : **la société anonyme ACLAGRO,**

ayant élu domicile chez
Mes Barteld SCHUTYSER et
Michèle BELMESSIERI, avocats,
avenue Louise, n° 99,
1050 Bruxelles,

contre :

le Centre public d'action sociale de Charleroi.

ayant élu domicile chez
Me Michaël PILCER, avocat,
drève de Nivelles, n° 182/10,
1160 Bruxelles,

Parties intervenantes :

**1. la société privée à responsabilité limitée
CASTAGNETTI,**

**2. la société privée à responsabilité limitée
CROES,**

ayant formé la société momentanée CASTEGNETTI-CROES,

ayant élu domicile chez
Mes Jean BOURTEMBOURG
et Cyrille DONY, avocats,
rue de Suisse, n° 24,
1060 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 27 janvier 2015, la société anonyme ACLAGRO sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du C.P.A.S. de Charleroi du 19 décembre 2014 d'attribuer le marché de travaux intitulé "Démolition, réaménagement et sécurisation du site du C.H.U. de Charleroi" (dossier n°51.130) à la société momentanée CASTAGNETTI-CROES".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 28 janvier 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 17 février 2015 à 10 heures.

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

Les sociétés à responsabilité limitée CASTAGNETTI et CROES, ont, par une requête introduite le 16 février 2015, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la présente 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'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Mes Michèle BELMESSIERI et Magali HEINE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Michaël PILCER, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Cyrille DONY, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, 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 14 mars 2014, un avis de marché de travaux intitulé "Démolition, réaménagement et sécurisation du site du C.H.U. de Charleroi" est publié au Bulletin des adjudications à l'initiative de la partie adverse. Il a fait l'objet de quatre avis rectificatifs, publiés également au Bulletin des adjudications.

Le mode d'attribution de ce marché est la procédure d'adjudication publique ouverte. Il s'agit d'un marché public dont la valeur se situe en dessous des seuils européens.

III. 2. Le 4 juin 2014, lors de l'ouverture des offres, cinq soumissionnaires ont introduit une offre. Deux des cinq offres déposées ont fait l'objet d'un rabais, étant de 15,80% dans le chef de la société momentanée constituée par les intervenantes et de 2% dans le chef d'un autre soumissionnaire.

III. 3. La partie adverse a écrit, le 12 août 2014, à la requérante, à la société momentanée constituée par les intervenantes et à un troisième soumissionnaire pour les informer du caractère apparemment anormalement élevé ou bas de certains postes de leur offre et les a invités à fournir les justifications nécessaires.

III. 4. La partie requérante et les parties intervenantes ont répondu à ce courrier en faisant part de leurs justifications, par des courriers datés respectivement du 29 août 2014 et du 4 septembre 2014. Le troisième soumissionnaire concerné a répondu en indiquant avoir constaté des erreurs de prix et être donc dans l'incapacité de justifier les prix demandés.

III. 5. Le 28 octobre 2014, le rapport d'analyse des offres est finalisé. Il conclut que deux offres doivent être écartées car elles ne répondent pas aux exigences du cahier spécial des charges en matière de sécurité et de santé et qu'un troisième soumissionnaire doit être écarté pour n'avoir pas pu justifier les prix apparemment anormalement bas ou élevés constatés dans son offre. Il recommande au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché à la société momentanée constituée par les intervenantes qui a remis l'offre régulière économique la plus avantageuse.

III. 6. Le 19 décembre 2014, la partie adverse a décidé d'approuver le rapport d'examen des offres, considéré comme partie intégrante de la décision, et d'attribuer le marché litigieux à la société momentanée constituée par les intervenantes.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 16 février 2015, les sociétés privées à responsabilité limitée CASTAGNETTI et CROES demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes. En tant qu'attributaires du marché public litigieux, elles ont un intérêt à intervenir dans la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

La partie requérante conteste à l'audience la recevabilité de la requête en intervention, les parties intervenantes n'ayant pas joint à celle-ci une copie de leurs statuts. Les statuts des parties intervenantes ont toutefois été joints à leur offre, qui figure dans le dossier administratif, en sorte que ce serait faire preuve d'un formalisme excessif peu compatible avec les conditions de l'extrême urgence d'exiger qu'ils soient à nouveau produits à ce stade de la procédure. L'exception est rejetée.

V. MOYEN

V.1. Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un moyen unique "de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 «relative aux marchés publics et à 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 21, 95 et 99 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 «relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques», du principe de motivation matérielle, des principes généraux d'égalité de traitement et de transparence, de libre concurrence et de bonne administration, de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elle reproche, en substance, à la partie adverse de s'être appuyée sur le rapport d'analyse des offres qui n'aurait, selon elle, pas examiné avec le soin requis les justifications fournies par la société momentanée constituée par les intervenantes, "quant à son prix de l'offre anormalement bas, notamment après application du rabais de 15,8%".

La partie requérante subdivise son moyen en trois griefs.

Dans un premier grief, elle soutient que le rapport d'analyse des offres "s'est contenté de reprendre purement et simplement les justifications fournies par l'adjudicataire, qui sont à peu près identiques pour tous les postes pour lesquelles une justification a été demandée, y compris pour les postes pour lesquels l'adjudicataire avait remis un prix anormalement haut". Elle reproche, ainsi, audit rapport d'avoir "simplement épinglé quelques de ces justifications, sans qu'il n'apparaisse qu'elles ont réellement été vérifiées, pour considérer qu'elles justifieraient le caractère anormalement bas du prix remis".

Après avoir rappelé les justifications admises pour différents prix semblant anormalement bas, la partie requérante expose que les "éléments de justification avancés par l'adjudicataire n'ont pas été vérifiés ni quant à leur véracité,

ni quant à leur pertinence". Elle constate que "le bureau d'études a accepté ces justifications de prix qui, en réalité, auraient pu être invoquées par tout soumissionnaire qui a la qualité d'un entrepreneur".

Elle explique, en particulier, qu'en acceptant que l'adjudicataire justifie certains prix par l'amortissement des machines et du matériel utilisés ou par le fait qu'il pourrait bénéficier de remises auprès de ses fournisseurs, la partie adverse a accepté une justification que tout entrepreneur aurait pu avancer, tous tenant compte de l'amortissement de leur matériel et de leurs machines et tous pouvant bénéficier de remises. Elle estime, de même, dénuée de pertinence la circonstance qu'un sous-traitant de l'adjudicataire ait pu mettre en avant une expérience de plus de trente ans.

Dans un deuxième grief, la partie requérante expose que "le rapport d'analyse des offres contient des contradictions dans les justifications des prix anormaux de l'adjudicataire". Elle relève, à cet égard, que la même justification relative à l'état d'amortissement du matériel a été utilisée tant pour le prix anormalement bas de certains postes que pour le prix anormalement haut du poste "démolition des toitures et enlèvement des voliges", ce qui constitue "une contradiction flagrante dans le rapport d'analyse des offres et, partant, dans la motivation de l'acte attaqué". Elle dresse le même constat en ce qui concerne la justification relative aux prix préférentiels dont l'adjudicataire pourrait bénéficier en tant que société spécialisée.

Elle estime encore, dans ce deuxième grief, qu'"il existe une contradiction entre la décision d'attribution du marché de laquelle il résulte que le rabais de 15,8 % proposé par l'adjudicataire porte sur le montant total de son offre, alors que le rapport d'analyse des offres fait apparaître que ce rabais porte uniquement sur le coefficient des frais généraux d'entreprise, fixé à 23,8%".

En termes de plaidoirie, elle relève une autre contradiction en ce que le rapport d'analyse des offres accepte l'argument de l'expérience tantôt comme justification d'un prix apparemment anormalement bas et tantôt comme justification du prix apparemment anormalement haut du poste "démolition des toitures et enlèvement des voliges".

Dans un troisième grief, la partie requérante fait valoir que la décision d'attribution du marché semble indiquer que le rabais accordé par l'adjudicataire est de 15,8 % sur le montant de total de l'offre, alors que, selon certains passages du rapport d'analyse des offres, cette remise de 15,8% n'aurait été accordée que sur le coefficient des frais généraux de l'entreprise de 23.8 %, en sorte qu'"il n'apparaît donc pas, à la

lecture combinée du rapport d'analyse des offres et de la décision d'attribution du marché, si le rabais proposé par l'adjudicataire porte sur l'offre de celui-ci ou uniquement sur les frais généraux de l'entreprise". Elle estime donc qu'il existe une contradiction dans la motivation de l'acte attaqué.

La partie requérante conclut que "la motivation de l'acte attaqué ne [lui] permet pas [...] de comprendre pourquoi la partie adverse a retenu les justifications vagues, générales et contradictoires, fournies par l'adjudicataire et si ces justifications ont porté sur le rabais s'appliquant sur le prix total de l'offre ou sur les frais d'entreprise uniquement".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant au premier grief

Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation lorsqu'il examine les justifications apportées par un soumissionnaire dont l'offre contient des prix qui paraissent anormalement bas ou anormalement élevés, sans préjudice de son obligation de motiver sa décision de manière suffisante et adéquate. Il ne revient pas au Conseil d'Etat de substituer à cet égard sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, sous réserve de la sanction d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, le premier grief porte essentiellement sur les justifications relatives aux prix apparemment anormalement bas dans l'offre des parties intervenantes.

En ce qui concerne ces prix, le rapport d'analyse des offres reprend poste par poste *in extenso* la justification fournie par les parties intervenantes et identifie, ensuite, chaque fois parmi les éléments de cette justification celui ou ceux qui sont retenus. Il s'ensuit que la partie adverse a donc bien procédé à un examen des justifications avancées par l'adjudicataire, qu'elle en a retenues certaines et en a écartées d'autres et qu'elle ne s'est par conséquent pas contentée de reproduire telles quelles les justifications de l'adjudicataire.

A l'exception de trois critères de justification, examinés plus loin, la partie requérante ne formule aucun argument concret quant au caractère acceptable ou non des motifs de justification retenus par la partie adverse. Elle reproche, en revanche, à celle-ci de ne pas avoir vérifié la véracité ou la pertinence de ceux-ci. Une telle critique, formulée en termes généraux, ne porte en réalité pas sur la motivation de l'acte attaqué dont, en définitive, ni le caractère suffisant, ni l'adéquation ne sont

concrètement contestés, mais revient à exiger de l'autorité qu'elle fournisse la démonstration que les motifs de sa décision reposent eux-mêmes sur des motifs vérifiés et pertinents. Bref, qu'elle fournisse les motifs de ses motifs. Un tel raisonnement ne peut être suivi dès lors qu'il équivaut, en pratique, à inverser la charge de la preuve, la partie qui se prévaut d'un défaut de motivation, d'une erreur manifeste d'appréciation, voire d'une violation quelconque d'une règle de droit, pouvant alors s'abstenir d'étayer sa critique en se contentant d'affirmer, de manière générale, que l'autorité ne démontre pas dans sa décision qu'elle n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation, que ses motifs sont suffisants et adéquats ou encore qu'elle s'est conformée à la règle dont la violation est alléguée.

La partie requérante formule, en revanche, une critique concrète à l'égard de trois justifications retenues par la partie adverse : celles qui reposent sur l'amortissement du matériel, sur la possibilité d'obtenir des remises et sur "l'expérience de trente ans" d'un sous-traitant.

En ce qui concerne l'amortissement du matériel, cette justification est retenue par le pouvoir adjudicateur pour chacun des postes apparaissant être anormalement bas. Elle n'est, toutefois, jamais admise seule. Pour cinq des six postes litigieux, elle est associée à des justifications qui ne font l'objet d'aucune critique de la part de la requérante. Il en va ainsi du poste "enlèvement des faux plafonds", pour lequel cette justification est associée à la possibilité d'obtenir des prix préférentiels dans les secteurs de l'élimination et de la valorisation des déchets. Cette justification ne se confond pas avec la capacité à négocier des ristournes sur le matériel nécessaire au chantier, justification critiquée par la requérante, mais concerne la capacité de l'adjudicataire à tirer un certain profit de la valorisation et du recyclage des décombres et matériaux issus de la démolition. Cette justification est présentée comme découlant du profil spécifique des sociétés composant la société momentanée adjudicataire, spécificité dont la réalité n'est pas contestée par la requérante. Pour trois autres postes, relatifs à la démolition des cloisons lourdes, des planchers et des maçonneries portantes, la justification tenant à l'amortissement des machines et matériels est chaque fois associée à deux autres explications reposant, pour l'une, sur l'agrégation des sociétés adjudicataires qui leur permet un recyclage *in situ* et, pour l'autre, sur la circonstance qu'une partie des prestations est comprise dans un autre poste, dont le prix apparaît d'ailleurs parmi ceux qui présentent un caractère apparemment anormalement trop élevé. Pour le poste "enlèvement des détecteurs ioniques", la justification critiquée s'ajoute à une justification tenant à la circonstance que les moyens mis en œuvre sont communs à l'exécution d'autres postes.

La partie requérante ne soutient pas que ces différentes explications ne constituent pas en elles-mêmes une justification suffisante pour chacun des postes

concernés, en sorte que la critique dirigée contre le motif tiré de l'amortissement des machines et du matériel est, en toute hypothèse, inopérante en ce qui concerne ces postes.

Pour ce qui est du sixième poste paraissant être anormalement bas, celui de l'enlèvement de l'amiante, le motif litigieux s'ajoute à deux autres justifications, également critiquées par la requérante, ayant trait à l'expérience de plus de trente ans du sous-traitant, à sa capacité à obtenir de ses "fournisseurs et organismes de contrôle des réductions plus importantes que la majorité de ses concurrents" et à son appartenance au groupe RENOTEC lui permettant d'obtenir un meilleur prix et des ristournes substantielles.

La partie requérante échoue toutefois à démontrer qu'il serait manifestement déraisonnable de considérer qu'une société qui dispose de son propre matériel, dont le prix est déjà amorti, peut en tirer un avantage en termes de coût par rapport à des concurrents tenus de louer ou d'amortir le même matériel et qu'elle est en mesure de répercuter ce gain sur le prix qu'elle offre. L'affirmation générale selon laquelle "tous les entrepreneurs tiennent compte, lors du calcul du prix de leur offre, de l'état d'amortissement de leur matériel ou de leurs machines", n'établit nullement qu'ils se trouvent tous dans une situation similaire au regard du degré d'amortissement de leurs machines ou matériel et encore moins qu'ils se trouveraient tous dans la même situation au regard de la possession ou non en propre de ces machines ou de la nécessité de les louer. Rien n'autorise, à l'inverse, à considérer que l'ensemble des entreprises œuvrant sur le marché se trouveraient sur ce plan dans la même situation que l'adjudicataire.

En ce qui concerne la possibilité d'obtenir des ristournes, cette justification n'est, comme indiqué plus haut, retenue que pour le poste "enlèvement de l'amiante". Il ressort du rapport d'analyse des offres que cette justification n'est pas acceptée *in abstracto*, mais au regard du profil particulier dont se prévaut le sous-traitant, s'agissant d'une entreprise spécialisée active dans le désamiantage depuis longtemps et appartenant à un groupe qui dispose d'un service d'achat centralisé lui permettant d'obtenir les meilleurs prix. La partie requérante n'établit pas que l'ensemble des entreprises du marché pourraient faire valoir la même justification, ni qu'il était manifestement déraisonnable dans la chef de la partie adverse d'admettre que cette situation propre au sous-traitant pouvait se répercuter dans un prix plus avantageux.

Enfin, l'expérience de trente ans du sous-traitant n'est également retenue comme justification que concernant le poste "enlèvement de l'amiante". La lecture du rapport d'analyse des offres fait, par ailleurs, apparaître qu'elle n'est pas retenue en tant

que telle, mais bien parce qu'elle explique, parmi d'autres considérations, la capacité du sous-traitant à obtenir des réductions plus importantes que la majorité de ses concurrents. La partie requérante ne formule aucun argument permettant de conclure qu'il était déraisonnable d'admettre qu'une activité de longue date exercée dans le domaine très spécifique du désamiantage était de nature à permettre à ce sous-traitant de négocier des conditions plus avantageuses avec ses fournisseurs et de répercuter ce gain sur le prix proposé.

Au vu de ce qui précède, la partie requérante ne démontre pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en admettant les justifications critiquées pour les prix qui apparaissaient anormalement bas.

Il ressort, par ailleurs, de l'examen qui précède que loin d'admettre une justification "à peu près identique pour tous les postes pour lesquelles une justification a été demandée", la partie adverse a retenu des justifications différentes pour la plupart des postes examinés. La partie requérante ne formule, pour le surplus, aucun argument de nature à contester la pertinence des justifications identiques admises pour les trois postes de démolition.

En identifiant pour chaque poste anormalement bas les justifications qu'elle retient et en admettant des justifications distinctes en fonction du poste concerné, la partie adverse a motivé sa décision à suffisance. Cette motivation permet, en effet, de comprendre pourquoi et dans quelle mesure les justifications avancées par l'adjudicataire ont été retenues.

L'examen du premier grief ne fournit, par conséquent, aucune indication permettant, au stade d'un examen dans le cadre de l'extrême urgence, de considérer que l'acte attaqué serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation ou d'un défaut de motivation, ni qu'il violerait l'un des principes ou l'une des dispositions dont la violation est alléguée.

B. Quant aux deuxième et troisième griefs

La partie requérante reproche à la décision attaquée d'avoir accepté les mêmes justifications en ce qui concerne des prix paraissant anormalement bas et des prix paraissant anormalement élevés, ce qui serait contradictoire.

Ce grief manque en fait en ce qu'il est dirigé contre l'acceptation, pour le poste "démolition des toitures et enlèvement des voliges", de la justification découlant de l'amortissement du matériel et de celle relative aux prix préférentiels dont pourrait bénéficier l'adjudicataire. En effet, si ces justifications ont bien été invoquées pour ce

poste par l'adjudicataire, elles ne sont pas admises par le rapport d'analyse des offres, lequel indique que "l'auteur du projet souligne le fait que cette justification ne semble pas appropriée par rapport au caractère anormalement élevé du poste", seule une justification tirée de la longue expérience des sociétés ayant *in fine* été admise.

Les critiques de la partie requérante concernant une contradiction entre la décision d'attribution du marché et le rapport d'analyse des offres quant à la portée exacte du rabais accordé par l'adjudicataire manquent également en fait. Il ressort, en effet, tant de la décision d'attribution du marché que du rapport d'analyse, que ce rabais porte sur l'ensemble des postes à l'exception des sommes réservées. La circonstance que le rapport d'analyse rappelle pour chaque poste litigieux que ce rabais s'applique aussi au coefficient des frais généraux d'entreprise ne contredit en rien le fait qu'il s'applique à l'ensemble des postes, comme l'indique sans aucune ambigüité le tableau figurant sous le point "III. RECEPTION DES OFFRES" du même rapport, tableau identique à celui qui est repris dans la décision d'attribution.

La partie requérante invoque, enfin, à l'audience une contradiction entre le fait que l'expérience ait été retenue comme justification tant d'un prix apparemment anormalement bas que du prix apparemment anormalement haut du poste "démolition des toitures et enlèvement des voliges". Elle ne critique pas en cela la pertinence de la justification retenue pour ce dernier poste mais uniquement le fait qu'elle soit similaire à la justification admise, par ailleurs, pour un prix apparemment anormalement bas. Pour autant que cette critique formulée tardivement puisse être considérée comme un développement du moyen, la partie requérante n'explique pas, en toute hypothèse, en quoi il serait manifestement contradictoire de considérer qu'une longue expérience puisse, d'une part, faciliter l'accès à des conditions plus avantageuses que la concurrence, ainsi que l'a admis la partie adverse pour un prix qui paraissait anormalement bas, et d'autre part, amener un entrepreneur à faire une estimation d'un poste plus élevée que celle de concurrents peut-être moins expérimentés.

Le moyen n'est pas sérieux.

VI. CONFIDENTIALITE DES PIECES

La partie adverse demande que la confidentialité de l'offre des parties intervenantes (pièce 5 du dossier administratif) soit maintenue. Dans un courriel du 16 février 2015, la partie requérante demande, de son côté, que son offre (pièce 6 du dossier administratif) et le courrier du 29 août 2014 par lequel elle justifie ses prix (pièce 4 du dossier de pièces de la requérante et pièce 10 du dossier administratif) soient également couverts par la confidentialité. Les parties intervenantes sollicitent quant à elles que leur offre (pièce 5 du dossier administratif) et le courrier du 4

septembre 2014 par lequel elles justifient leurs prix (pièce 3 du dossier de pièces des intervenantes et pièce 11 du dossier administratif) demeurent confidentiels.

La communication de ces pièces n'apparaissant pas utiles à la solution du litige à ce stade de la procédure, il y a lieu d'acquiescer à ces demandes. Il convient par ailleurs d'étendre cette confidentialité au rapport d'analyse des offres, tel que déposé en pièce 14 du dossier administratif, auquel sont annexés des éléments des offres de la requérante et des intervenantes ainsi que les courriers précités du 29 août 2014 et du 4 septembre 2014.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par les sociétés privées à responsabilité limitée CASTAGNETTI et CROES est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

La pièce 4 du dossier de pièces de la requérante, les pièces 5, 6, 10, 11 et 14 du dossier administratif ainsi que la pièce 3 du dossier de pièces des intervenantes demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

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 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

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

MM. Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Serge BODART.