

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R E T

n° 230.499 du 12 mars 2015

G./A.214.871/VI-20.359

En cause : **la société anonyme SCHEERLINCK SPORT,**

ayant élu domicile chez
Me Philippe VAN WESEMAEL, avocat,
avenue Louise, n° 235,
1050 Bruxelles,

contre :

la commune de Profondeville,

ayant élu domicile chez
Me Jean-Philippe DEVALCK, avocat,
rue de la Ferme d'En Haut, n° 14,
5170 Profondeville.

Partie intervenante :

la société anonyme LESUCO,

ayant élu domicile chez
Mes Laurent-Olivier HENROTTE et
Stéphanie VAN der MERSCH, avocats,
avenue de Luxembourg, n° 152,
5100 Namur.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 28 janvier 2015, la société anonyme SCHEERLINCK SPORT demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision d'attribution de marché [du] 3 décembre 2014, délivrée par la Commune de Profondeville à la société LESUCO pour le marché «Revêtement synthétique du terrain de football de Lustin»";

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 29 janvier 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 5 mars 2015 à 10 heures 30.

La société anonyme LESUCO a, par une requête introduite le 12 février 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

Me Jean-François DE BOCK, *loco* Me Philippe VAN WESEMAEL, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Me Jean-Philippe DEVALCK, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et Me Laurent-Olivier HENROTTE, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. l'Auditeur au Conseil d'Etat, Raphaël BORN, 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

Le marché litigieux a été attribué selon la procédure d'appel d'offres.

A l'issue du rapport d'analyse des offres, daté du 12 novembre 2014, le classement suivant des offres retenues a été établi :

- | | |
|-------------------|--------------|
| 1. LESUCO | 93,9 points; |
| 2. SCHEERLINCK | 90,2 points; |
| 3. SPORTINFRABOUW | 77,7 points; |
| 4. NONET | 77,0 points. |

Par la décision attaquée du 3 décembre 2014, le pouvoir adjudicateur a attribué ledit marché à la société LESUCO.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

La société anonyme LESUCO a, par une requête introduite le 12 février 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a intérêt à intervenir.

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE DE LA DEMANDE DE SUSPENSION D'EXTREME URGENCE

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse invoque l'irrecevabilité de la demande de suspension à défaut d'intérêt de la requérante. Elle se réfère à l'article 30, alinéa 3, 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 en vertu duquel le marché, une fois conclu, ne peut plus être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets. Elle fait valoir que "dans l'interprétation selon laquelle, aux termes de l'article 30 in fine, ce serait le contrat conclu qui ne pourrait plus être suspendu, et non la décision d'attribuer le marché, la question se poserait de l'intérêt de la requérante à solliciter cette mesure". Elle estime que "dès l'instant où ce contrat a été conclu avec un autre soumissionnaire, soit avec l'intervenante LESUCO, [la requérante] perd toute chance de l'exécuter effectivement et n'a donc pas d'intérêt à la suspension de la décision d'attribution du 3 décembre 2014 dès lors qu'une telle suspension est insusceptible de modifier la situation née de la conclusion du contrat entre l'exposante et la société LESUCO". Pour soutenir son raisonnement, la partie adverse se réfère par analogie à l'arrêt n° 87.983 rendu en assemblée générale par le Conseil d'Etat le 15 juin 2000.

V.2. Décision du Conseil d'État

Aucune disposition 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 ne fait obstacle à ce qu'une décision d'attribution d'un marché soit entreprise en suspension – la seule procédure possible en ce cas étant celle de l'extrême urgence – alors même que le "standstill" n'est soit pas applicable, soit n'a pas été volontairement appliqué par le pouvoir adjudicateur comme c'est le cas en l'espèce.

Il appartient au Conseil d'Etat d'exercer la compétence qui lui a été attribuée par la loi du 17 juin 2013 précitée, 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 entre le pouvoir adjudicateur et l'attributaire, voire sur son exécution en cours.

En matière de marchés publics, refuser l'accès à une procédure en référé à des administrés sous prétexte que la décision attaquée aurait déjà été mise en œuvre, en l'occurrence par le marché passé, poserait un problème d'effectivité du recours pour cette catégorie d'administrés, et partant d'égalité entre les justiciables. Au reste, subordonner comme paraît le faire la partie adverse, l'accès à une procédure de référé à un "standstill" volontaire, revient en réalité à laisser au pouvoir adjudicateur le soin de décider si oui ou non la décision qu'il a prise pourra être entreprise en référé devant le Conseil d'Etat, ce qui constituerait une violation de l'article 160 de la Constitution, lequel charge le législateur de régler la compétence du Conseil d'Etat.

La requête est dès lors recevable.

VI. PREMIER MOYEN

VI.1. Thèses des parties

A. La requête

Le premier moyen est 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, 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, des articles 4, 8° et 5, 8° et 9° 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 et des principes de motivation matérielle, de l'article I.11 du Cahier Spécial des Charges (C.S.C.), et des principes généraux *patere legem quam ipse fecisti*, de transparence et d'égalité".

La requérante soutient en substance que la partie adverse aurait dû demander à la partie intervenante de justifier son prix pour le contrat d'entretien, compte tenu du caractère anormalement bas du prix des prestations pour ce contrat, cela conformément aux articles 21 et 99, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité. Elle estime que la partie adverse ne pouvait se limiter à vérifier le caractère anormal du prix global mais devait aussi contrôler celui des prix à l'unité ou d'option

utilisés. La requérante se réfère à cet égard aux arrêts du Conseil d'Etat n° 222.782 du 8 mars 2013 et n° 228.146 du 31 juillet 2014. Elle considère qu'en l'espèce, le tarif "zéro" proposé pour l'entretien annuel du tapis était anormal eu égard aux nombreuses prestations que ce poste représente. Selon elle, la partie adverse pouvait d'autant moins admettre un tel prix qu'elle avait prévu le recours à la règle de trois pour classer les offres au regard de ce critère. Elle explique qu'une telle méthode est inapplicable en présence d'un prix "zéro", ce qui confirme qu'elle n'entendait pas accepter la remise de tels prix. La requérante relève encore que les offres ont été évaluées deux fois sur le prix, à savoir le prix global et le prix du contrat d'entretien, ce qui n'est pas autorisé. Enfin, elle estime que le caractère anormal, sinon incompréhensible, du prix admis pour ce dernier poste de l'offre de la partie intervenante apparaît d'autant plus que la société NONET qui avait remis un prix de 100 euros pour ce poste a, comme la requérante, obtenu zéro point. La requérante critique le fait qu'une différence insignifiante de 100 euros vaut donc 7,5 points. Partant, elle conclut que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation sur ce point.

B. La note d'observations

La partie adverse fait valoir que, si elle n'a pas interrogé la partie intervenante sur ce prix "zéro", c'est parce que celle-ci a donné d'emblée des précisions quant à ce prix. Elle souligne que dans l'arrêt du 8 mars 2013 du Conseil d'Etat vanté par la requérante, le soumissionnaire n'avait fourni aucune explication quant à son prix "zéro". Elle explique qu'en l'espèce, la partie intervenante a expliqué vouloir réaliser l'entretien du terrain gratuitement pendant les six premières années pour le facturer ensuite à 1.000 euros par an pour les années ultérieures. Selon elle, il n'est pas interdit d'offrir un tel service si le soumissionnaire indique pouvoir le faire sans compromettre l'économie de l'ensemble du contrat. En présence de telles informations, la partie adverse considère qu'elle pouvait estimer ne pas devoir interroger ce soumissionnaire quant à ce, tout en considérant que l'offre ainsi précisément décrite était un avantage substantiel ne portant pas atteinte à la capacité de ce soumissionnaire de remplir ses obligations. Enfin, la partie adverse fait valoir que la requérante ne peut affirmer qu'elle aurait uniquement procédé à un examen global des prix et non poste par poste et prix unitaire par prix unitaire, "aucun élément ne venant corroborer un tel reproche".

En ce qui concerne l'attribution des points pour le critère du prix de l'entretien du terrain, la partie adverse fait valoir que la requérante ne précise pas quelles dispositions interdiraient, dans le cadre d'un appel d'offres, d'évaluer l'offre des soumissionnaires tant au regard de la totalité du prix de leur soumission que d'un poste en particulier. Selon elle, l'égalité des soumissionnaires est garantie grâce aux précisions du cahier spécial des charges sur les modes d'évaluation de chaque critère.

La partie adverse ajoute que la requérante ne démontre pas quelle autre méthode, au demeurant non définie ou décrite par elle, aurait abouti à une modification du classement final lui assurant nécessairement la première place. Elle estime que partant, la requérante n'a pas intérêt à cette branche du moyen qui n'est en toute hypothèse pas sérieuse vu qu'elle repose sur de pures conjectures impuissantes à démontrer une illégalité manifeste venant entacher la décision d'attribution du marché.

C. La requête en intervention

Sur le contrôle des prix anormalement bas, la partie intervenante fait d'abord valoir que l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n'impose pas d'obligation de principe d'interroger le soumissionnaire sur le caractère anormalement bas de son offre, contrairement à l'article 99 du même arrêté, qui ne vise que les adjudications et non les appels d'offres et n'est donc pas applicable en l'espèce. Elle fait valoir que l'article 21 précité laisse un large pouvoir d'appréciation à la partie adverse quant à la nécessité de procéder ou non à cette vérification et que la fixation d'un prix est fonction des circonstances concrètes du marché. Elle rappelle que le Conseil d'Etat a déjà admis le caractère normal de prix "zéro" tout comme d'ailleurs de prix négatifs ou de prix fixés en fonction de prix concurrents. En l'occurrence, la partie intervenante note que la société NONET a proposé le prix de 100 euros pour la même prestation. Elle souligne que de manière générale, le pouvoir de contrôler les prix anormaux ne tient pas tant dans la volonté d'instituer une police du comportement des soumissionnaires que de vérifier leur aptitude à exécuter correctement le marché. En l'espèce, elle estime que le poste litigieux, au demeurant optionnel, de l'entretien des tapis n'est pas de nature à mettre en péril l'économie générale du marché et qu'il n'est pas démontré que le prix de ce poste empêche une correcte exécution du cahier spécial des charges. Elle conclut que partant, la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation et n'a pas violé l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité. Selon elle, le moyen manque donc en droit et en fait.

Sur l'application de la règle de trois, la partie intervenante estime que, eu égard au fait que le prix "zéro" ne peut être invalidé, il ne peut non plus être reproché à la partie adverse d'avoir opté pour ce mode de pondération des offres en accordant le maximum de points au moins-disant. Elle estime que cette méthode de comparaison des prix est la plus usuelle et parfaitement raisonnable et objective. Elle considère qu'en l'espèce, le critère de notation choisi est pertinent puisqu'il a permis d'attribuer un maximum de points à l'offre la moins chère pour le critère concerné. Elle fait valoir qu'en toute hypothèse, la requérante n'a pas intérêt au moyen vu qu'aucune méthode équitable ne permet à son offre d'être la plus avantageuse, vu le prix qu'elle a remis.

VI.2. Décision du Conseil d'État

Le cahier spécial des charges énonce comme suit le critère en cause dans l'examen du premier moyen : "critère n° 3 (contrat d'entretien)" :

" Les contrats sont comparés sur base de leur durée (6 ans), de leur prix et des options, avantages et inconvénients proposés. Sur les 15 points, 7,5 points sont accordés sur base du prix (règle de trois appliquée en accordant le maximum de points au moins disant) [...]".

La partie intervenante, qui a remis un prix de 0,00 euro, a obtenu le maximum des points prévus pour ce critère, c'est-à-dire 7,5 points. Quant à la partie requérante, qui a proposé un prix de 600,00 euros, elle s'est vu attribuer 0,0 point. Ces notes ont bien été établies conformément à la disposition susmentionnée du cahier spécial des charges. En effet, et quelles que soient les considérations mathématiques concernant l'application de la règle de trois en cas de numérateur ou dénominateur équivalent à "0", le cahier de charges a prévu que "le maximum de points [est attribué] au moins disant" soit, en l'espèce, au futur attributaire. Ceci implique, en la circonstance décrite, que les offres supérieures à zéro euro reçoivent le minimum de points.

En réalité, ce qui pose problème en l'espèce, c'est le caractère anormalement bas du prix proposé. S'agissant d'un prix de zéro euro, l'expression équivaut même à un euphémisme. A cet égard, il y a lieu d'examiner si cette circonstance a, en l'espèce, affecté la mise en œuvre des règles de concurrence. La requérante a en effet perdu 7,5 points pour le seul critère 3.1 et l'écart entre l'offre de celle-ci et celle de la partie intervenante, attributaire du marché, est seulement de 3,7 points.

La partie adverse explique s'être dispensée de poursuivre la procédure fixée à l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques puisque le futur attributaire a donné, dans son offre, une justification du prix "zéro" proposé.

Après avoir décrit dans ses "commentaires concernant les critères d'attribution" les qualités spécifiques de l'entretien qu'il propose, notamment grâce à l'utilisation d'une machine qu'il est le seul à posséder en Belgique, le futur attributaire donne l'explication suivante de son prix "zéro" :

" Nous prévoyons de réaliser l'entretien du terrain gratuitement pendant 6 ans. Au-delà, le coût de cet entretien spécialisé est de 1.000 € par an hors TVA 21%, indexé annuellement selon l'évolution des coûts auprès du Ministère des Affaires Economiques".

Il ne s'agit clairement pas d'une justification du prix "zéro" mais de la proposition d'un service gratuit pendant la durée du premier contrat d'entretien avec, en cas de reconduction de celui-ci, l'indication d'un prix "coûtant", ce dernier prix étant bien plus élevé (mille euros).

En outre, si la pratique commerciale ainsi proposée peut se concevoir entre particuliers, il n'en est pas de même lorsque le bénéficiaire est une autorité publique soumise au respect des règles d'égalité de traitement des soumissionnaires.

Dans ces conditions, le premier moyen est sérieux.

VII. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait pas état, et le Conseil d'Etat n'aperçoit pas, d'élément qui imposerait de constater que les conséquences négatives d'une suspension de la décision d'attribution attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. CONFIDENTIALITE

Dans leurs écrits de procédure, aucune des parties n'a demandé que la confidentialité des offres déposées soit préservée. A l'audience, les parties ont confirmé que ces offres n'étaient pas déposées à titre confidentiel.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

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

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du 3 décembre 2014 par laquelle la commune de Profondeville attribue à la société LESUCO le marché relatif au "Revêtement synthétique du terrain de football de Lustin".

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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 douze mars deux mille quinze par :

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M. Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Odile DAURMONT.