

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.227 du 18 mai 2015

G./A.215.644/VI-20.431

En cause : **1. la société anonyme GALERE,**
2. la société anonyme CEI DE MEYER,
ayant formé ensemble la société momentanée
GALERE-CEI DE MEYER,

ayant élu domicile chez
Me Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles,

contre :

**l'association hospitalière de Bruxelles –
Centre des Tumeurs de l'ULB –
Institut Jules Bordet.**

Parties intervenantes :

**1. la société anonyme COMPAGNIE D'ENTREPRISES
CFE (en abrégé CFE),**
2. la société anonyme CIT BLATON,
**3. la société anonyme LES ENTREPRISES
LOUIS DE WAELE,**
ayant formé ensemble la société momentanée
CFE -CIT BLATON-LOUIS DE WAELE,

ayant élu domicile chez
Me Dominique LAGASSE, avocat,
chaussée de la Hulpe, 187
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 22 avril 2015, la société anonyme GALERE et la société anonyme CEI DE MEYER, ayant formé ensemble la société momentanée GALERE-CEI DE MEYER, sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la "«décision motivée d'attribution» de date inconnue d'attribuer le marché public de travaux «pour la construction du nouvel Institut Jules Bordet, sur le campus universitaire d'Anderlecht – lot 01 : GROS-ŒUVRE FERME – Réf. : NIBI-14-01-GO»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme COMPAGNIE D'ENTREPRISES CFE (en abrégé CFE), la société anonyme CIT BLATON et la société anonyme LES ENTREPRISES LOUIS DE WAELE, ayant formé ensemble la société momentanée CFE -CIT BLATON-LOUIS DE WAELE ont, par une requête introduite le 8 mai 2015, demandé à être reçues en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 22 avril 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 12 mai 2015 à 10 heures.

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

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

Me Marie VASTMANS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes Patrick THIEL et Valentine De FRANCQUEN, avocats, comparaissant pour la partie adverse et Mes Dominique LAGASSE et Geoffrey NINANE, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. l'Auditeur au Conseil d'Etat, Raphaël BORN a été entendu en son avis contraire.

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. L'Institut Jules Bordet a décidé de lancer un marché public de travaux pour la construction du nouvel Institut Jules Bordet sur le campus universitaire d'Anderlecht. Le lot 1 de ce marché concerne le gros œuvre.

Un avis de marché et un avis de marché rectificatif ont été publiés au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne respectivement les 15 et 18 octobre 2014 et les 10 et 13 décembre 2014.

Le marché est régi par le cahier spécial des charges portant la référence NIBI-14-01-GO. Le mode d'attribution retenu est l'adjudication ouverte.

III.2. Lors de la séance d'ouverture des offres du 21 janvier 2014, il est apparu que six soumissionnaires avaient déposé une offre, à savoir :

- la société momentanée CFE - CIT BLATON - LOUIS DE WAELE;
- la société momentanée GALERE - CEI DE MEYER;
- BESIX;
- la société momentanée VALENS - ANTWERPSE BOUWWERKEN;
- la société momentanée ERAERTS - JAN DE NUL- STRABAG;
- la société momentanée WILLEMEN – GILLION - CAREBUILDERS.

III.3. Un rapport d'analyse des offres conclut que seules les offres de la société momentanée ERAERTS - JAN DE NUL- STRABAG; et de la société momentanée CFE - CIT BLATON - LOUIS DE WAELE franchissent le seuil de la sélection qualitative et sont régulières. Ce rapport classe en premier l'offre de la société momentanée CFE - CIT BLATON - LOUIS DE WAELE, étant la moins-disante. A titre informatif, le rapport d'attribution indique notamment que l'offre de la requérante est affectée d'une irrégularité matérielle et effectue complémentirement un classement de l'ensemble des offres, dont il ressort que si toutes les offres avaient franchi la sélection et avaient été déclarées régulières, celle des requérantes aurait été classée en troisième position, après celles de la société momentanée CFE - CIT BLATON - LOUIS DE WAELE et celle de BESIX.

III.4. Par un courrier recommandé du 7 avril 2015, l'Institut Jules Bordet a informé les parties requérantes qu'une décision d'attribution du marché en cause avait été prise. Le rapport d'analyse des offres était joint à ce courrier.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par un courrier daté du 8 mai 2015, les sociétés anonymes COMPAGNIE D'ENTREPRISES CFE, CIT BLATON et LES ENTREPRISES LOUIS DE WAELE ont introduit une requête en intervention. Ces trois entreprises forment la société momentanée CFE - CIT BLATON - LOUIS DE WAELE, attributaire du marché. Elles ont donc un intérêt à la cause.

Il y a par conséquent lieu d'accueillir leur requête dans le cadre de la présente procédure d'extrême urgence.

V. PREMIER MOYEN

V.1. Thèse des requérantes

Les requérantes prennent un premier moyen "de la violation des articles 4, 5 et 8 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; de l'absence de décision émanant de l'organe compétent ou, à tout le moins, de l'incompétence de l'auteur de l'acte, de la violation des statuts de l'Institut Jules Bordet [...] et de l'excès de pouvoirs".

Les requérantes reprochent, en substance, à la partie adverse de ne pas avoir produit la décision motivée d'attribuer le marché, mais uniquement un courrier émanant du directeur de projet ainsi qu'un extrait du rapport d'évaluation des offres. Elle constate que, d'une part, ces documents ne constituent pas une décision motivée au sens de l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 précitée et que, d'autre part, ils n'émanent pas du conseil d'administration de la partie adverse, qui est seul compétent pour attribuer un marché public, en vertu de l'article 33 des ses statuts.

Les requérantes estiment, par conséquent, que la décision motivée visée par l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 précitée n'a pas été adoptée ou, à tout le moins, qu'elle ne l'a pas été par l'organe compétent pour ce faire.

V.2. Note d'observations

La partie adverse, à laquelle se réfèrent les parties intervenantes, observe que l'acte attaqué a été adopté par son conseil d'administration le 27 mars 2015, auquel revient la compétence d'attribuer semblable commande en vertu de l'article 33 de ses statuts. Elle ne conteste pas qu'une erreur matérielle ait pu entacher la notification de l'acte attaqué, à laquelle était joint le rapport d'analyse des offres, proposant la décision attaquée, mais non la délibération du Conseil d'administration. Elle fait cependant valoir qu'"une erreur affectant la notification d'une décision n'emporte pas comme conséquence de vicier la décision proprement dite".

V.3. Décision du Conseil d'Etat

Le dossier administratif contient une copie conforme d'un extrait du registre des procès-verbaux des délibérations du conseil d'administration de la partie adverse, correspondant à sa séance du 27 mars 2015. La partie adverse a, en outre, communiqué le 11 mai 2015 une copie du procès-verbal de la séance du 27 mars 2015 dudit conseil d'administration. Ce procès-verbal est signé par le président et le secrétaire du conseil d'administration de l'Institut Jules BORDET. Il ressort de ces pièces que le conseil d'administration de la partie adverse a approuvé lors de sa séance

du 27 mars 2015 les conclusions du rapport d'analyse des offres, qu'il a décidé que quatre offres, dont celle des requérantes, ne franchissent pas la sélection qualitative et qu'il a attribué le marché à la société momentanée constituée des parties intervenantes.

La partie adverse établit, dès lors, que la décision attaquée a été prise par l'organe compétent pour ce faire.

En approuvant les conclusions du rapport d'analyse la partie adverse a motivé sa décision par référence à ce rapport, en sorte qu'elle a bien pris une décision motivée au sens de l'article 4 de la loi du juin 2013 précitée.

Par ailleurs, à supposer que la notification de l'acte attaqué soit entachée d'une irrégularité, en ce que la copie de la décision attaquée proprement dite n'y aurait pas été jointe, celle-ci est sans incidence sur la légalité de la décision elle-même.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VI.RECEVABILITE DES DEUXIEME ET TROISIEME MOYEN

VI.1. Note d'observations

La partie adverse, rejointe par les parties intervenantes, soulève une exception d'irrecevabilité prise du défaut d'intérêt des requérantes aux deuxième et troisième moyen.

Elle rappelle que le prix de l'offre des requérantes ne la classait qu'en troisième position. Elle estime donc que les requérantes n'auraient d'intérêt à ces moyens que "dans la mesure où il serait reconnu que c'est à tort qu'elles n'ont pas été sélectionnées dans le cadre de la procédure d'attribution (deuxième moyen)" et, cumulativement, à la condition qu'elles démontrent "que [leur] offre aurait dû être déclarée régulière (première branche du [troisième] moyen) " et que "tant les offres de CFE que celle de BESIX n'auraient pas pu être choisies (première et troisième branches du troisième moyen)".

La partie adverse considère donc que "ce n'est que si, simultanément, la partie requérante a raison sur le deuxième moyen et la première branche du troisième moyen ainsi que la troisième branche du troisième moyen, qu'elle retrouvera une chance d'obtenir le marché, et par conséquent d'avoir un intérêt au moyen".

VI.2. Décision du Conseil d'Etat

L'examen de l'exception dépend de celui des moyens, dès lors que ce n'est que si l'un des moyens ou si l'une au moins des branches des moyens n'est pas sérieuse que peut se poser la question de la possibilité pour les requérantes de retrouver une chance d'obtenir le marché.

VII. TROISIEME MOYEN

VII.1 Thèse des requérantes

Les requérantes prennent un troisième moyen "de la violation 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; de la violation des articles 82, 83 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; de la violation de l'article 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; de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution; de la violation des principes généraux de bonne administration et, plus particulièrement, du principe d'égalité de traitement de non-discrimination entre les soumissionnaires, du principe de minutie; du cahier spécial des charges; de l'erreur manifeste d'appréciation; et de l'excès de pouvoirs".

Dans une troisième branche de ce moyen, les requérantes reprochent à la partie adverse d'avoir considéré l'offre des parties intervenantes comme étant régulière tant sur le plan formel que matériel alors qu'"il ressort du tableau de synthèse figurant en page 7/15 du rapport d'analyse des offres que la SM CFE – CIT BLATON – LOUIS DE WAELE n'a pas signé le métré récapitulatif annexé au cahier spécial des charges" et alors que "l'offre de l'attributaire pressenti du marché comporte manifestement au moins un prix anormal".

En ce qui concerne la première irrégularité, les requérantes soulignent le caractère essentiel de la signature du bordereau officiel de l'offre et, partant, le caractère substantiel de cette irrégularité. Elles estiment que "la signature du métré est le gage de l'engagement du soumissionnaire quant au prix qu'il propose et que l'absence de signature entraîne un doute sur l'engagement de celui-ci".

En ce qui concerne la seconde irrégularité, les requérantes relèvent que l'offre de la SM CFE – CIT BLATON – LOUIS DE WAELE est, s'agissant du prix du poste 01.7.1 "Blocs à haute densité", de mille cent soixante trois euros au m³, alors que

le prix qu'elles ont proposé était de sept mille trois cent soixante-cinq euros au m³, soit sept fois plus élevé. La partie adverse a pourtant répondu, lors des questions posées par les soumissionnaires, avoir consulté la même société VERITAS que celle à laquelle les requérantes se sont adressées, laquelle a donc dû remettre un prix similaire au leur. Elles estiment que la partie adverse aurait dû consulter les parties intervenantes au sujet de ce prix anormalement bas. Elles ajoutent que cette différence de prix se traduit par une différence de quelque deux millions d'euros H.T.V.A. entre le prix proposé pour ce poste par l'attributaire pressenti du marché et celui des requérantes et que s'agissant d'une irrégularité substantielle, l'ensemble de l'offre aurait ainsi dû être considérée comme viciée.

VII.2. Décision du Conseil d'Etat

Concernant la première irrégularité dénoncée, il ressort du dossier administratif que le métré récapitulatif a bien été signé et qu'il l'a été, à première vue, par les différentes personnes pouvant engager l'attributaire.

Cette critique n'est, par conséquent, pas sérieuse.

Concernant la seconde irrégularité dénoncée, l'article 21, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques fait obligation au pouvoir adjudicateur de procéder à la vérification des prix des offres. L'article 21, § 3, alinéa 2, prévoit que : "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". Il découle de cette disposition que ce n'est qu'à l'issue de la vérification et uniquement si celle-ci fait apparaître des prix semblant anormalement bas ou élevés que le pouvoir adjudicateur doit inviter le soumissionnaire concerné à s'en expliquer. Encore cette invitation à s'expliquer ne s'impose-t-elle à lui que pour autant qu'il considère que cette anomalie est de nature à justifier l'offre en cause soit écartée.

Le pouvoir adjudicateur dispose, par ailleurs, d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère apparemment anormalement bas d'un prix. Le Conseil d'Etat ne peut substituer son appréciation à la sienne à cet égard, sans préjudice de la sanction d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, la partie adverse avait évalué le poste litigieux à huit cents euros le mètre cube dans son métré estimatif. Or, le prix proposé pour ce poste dans

l'offre des intervenantes est de mille cent soixante-trois euros du mètre cube, soit un prix supérieur de quarante-cinq pourcents à celui du métré estimatif. En n'estimant pas "anormalement bas" un prix supérieur de quarante-cinq pourcents à sa propre estimation, la partie adverse n'apparaît pas, à première vue, avoir commis une erreur d'appréciation qui puisse être qualifiée de manifeste, sauf à considérer que cette estimation serait elle-même entachée d'une erreur manifeste d'appréciation. A cet égard, la partie adverse a été interrogée par le membre de l'auditorat responsable de l'instruction de la cause sur la manière dont elle a effectué son estimation. Elle expose avoir bénéficié pour ce faire de l'aide d'un bureau d'études spécialisé qui s'est lui-même informé auprès d'une société spécialisée. Rien n'autorise à penser, à ce stade de la procédure, qu'en procédant de la sorte elle aurait agi d'une façon manifestement déraisonnable.

La circonstance qu'une ou plusieurs autres offres auraient proposé pour ce poste un prix sensiblement plus élevé ne suffit pas à énerver le constat qui précède. Quant à la circonstance que les requérantes se sont adressées à la même société que celle qui fut consultée par le bureau d'études précité, elle n'est pas davantage de nature à démontrer, en tant que telle, que l'estimation faite par la partie adverse au départ d'informations communiquées par cette société aurait été manifestement erronée.

La partie adverse a donc pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer que le prix proposé pour ce poste par les parties intervenantes n'était pas anormalement bas.

Cette critique n'est pas sérieuse.

La troisième branche du troisième moyen n'est pas sérieuse.

Dès lors que les requérantes échouent à démontrer que l'offre des intervenantes aurait dû être déclarée irrégulière, elles ne peuvent espérer retrouver une chance de se voir attribuer le marché, l'offre des intervenantes étant en toute hypothèse l'offre régulière la plus basse. Il n'y a par conséquent plus lieu d'examiner les autres branches du moyen, auxquelles les requérantes n'ont pas d'intérêt.

Le moyen n'est pas sérieux en sa troisième branche et est irrecevable pour le surplus.

IX. CONFIDENTIALITE

Les parties requérantes demandent que soient tenues pour confidentielles les annexes à leur requête contenant leur offre ainsi que l'offre de la société VERITAS.

La partie adverse demande que les pièces 12 à 17 du dossier administratif contenant le métré estimatif et les différentes offres des soumissionnaires, soient tenues pour confidentielles.

En termes de plaidoiries, les parties requérantes demandent que soit levée la confidentialité de l'offre des parties intervenantes quant au prix du poste 01.7.1 "Blocs à haute densité".

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 provisoirement la confidentialité.

X. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite qu'il lui soit accordé une indemnité de procédure dans le cadre de la présente procédure, au montant de base, c'est-à-dire, 700 €.

Le rejet de la requête justifie qu'il soit fait droit à la demande d'indemnité de procédure formulée par la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme COMPAGNIE D'ENTREPRISES CFE (en abrégé CFE), par la société anonyme CIT BLATON et par la société anonyme LES ENTREPRISES LOUIS DE WAELE, ayant formé ensemble la société momentanée CFE -CIT BLATON-LOUIS DE WAELE, dans la procédure en référé d'extrême urgence, est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les annexes à la requête contenant l'offre des parties requérantes, ainsi que l'offre de la société VERITAS. et les pièces 12 à 17 du dossier administratif contenant le métré estimatif et les différentes offres des soumissionnaires, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse.

Article 5.

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 6.

Les dépens, liquidés à la somme de 850 euros sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 425 euros chacune.

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

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

Serge BODART.