

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.834 du 1^{er} juillet 2015

G./A.216.008/VI-20.463

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

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

contre :

l'Institut Bruxellois pour la Gestion de l'Environnement,
en abrégé I.B.G.E.,

ayant élu domicile chez
Mes Virginie DOR,
Charles-Henri de la VALLEE POUSSIN
et Florence CAILLOL, 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 1^{er} juin 2015, la société anonyme QUINTELIER sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de l'institut bruxellois pour la gestion de l'Environnement (ci-après : l'I.B.G.E.) du 30 avril 2015 d'attribuer le marché de travaux intitulé «Travaux d'entretien de la voirie forestière», régi par le cahier spécial des charges n° 2014E0566, à la société Melin".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 2 juin 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 29 juin 2015 à 10 heures.

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

Me Michèle BELMESSIERI, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Virginie DOR, 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 30 septembre 2014, la partie adverse a publié un avis de marché relatif à un marché de travaux intitulé "Travaux d'entretien de la voirie forestière", attribué selon la procédure d'adjudication publique ouverte. Le marché se situe en-dessous des seuils pour une publication européenne.

III.2. Le 5 novembre 2014, lors de l'ouverture des offres, douze entreprises, dont la requérante, ont introduit une offre.

III.3. Par des courriers recommandés datés du 1^{er} avril 2015, la partie adverse écrit à plusieurs soumissionnaires, dont la requérante et la société anonyme MELIN pour les informer du caractère présumé anormalement bas du montant de leur offre et pour les inviter à fournir une justification, conformément aux articles 21, § 3, et 99, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

III.4. Par un courrier daté du 8 avril 2015, la société MELIN a adressé à la partie adverse un courrier justifiant son prix. La partie requérante en fait de même par un courrier daté du 13 avril 2015.

III.5. Le 15 mai 2015, la partie adverse informe la partie requérante que la Ministre a décidé le 30 avril 2015 d'attribuer le marché à une autre société. La décision en question n'est pas jointe à ce courrier, mais bien le rapport d'examen des offres dont il ressort que l'attributaire est la société anonyme MELIN.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. PREMIERE BRANCHE DU DEUXIEME MOYEN

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un deuxième 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», 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 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, de bonne administration, du raisonnable, de proportionnalité, de l'excès de pouvoir".

Dans une première branche du moyen, elle expose que "le rapport d'examen des offres admet les justifications fournies par la société MELIN en ce qui concerne le caractère anormalement bas de son prix et désigne son offre comme étant l'offre régulière la plus basse sans motivation adéquate et sans procéder à un examen minutieux des justifications fournies, lesquelles sont, au surplus, vagues, générales et/ou en partie non-pertinentes".

Elle expose que l'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité "impose au pouvoir adjudicateur de procéder à la vérification des prix des offres introduites (§ 1^{er}) et énonce les justifications qui peuvent être avancées par le soumissionnaire pour justifier le prix de son offre lorsque celui-ci paraît anormalement bas (§ 3)". Elle ajoute que "le commentaire de l'article 21, § 3, dans le rapport au Roi précise que ces justifications sont énumérées de manière non-limitative".

Citant plusieurs arrêts du Conseil d'Etat, elle rappelle que cette disposition impose au pouvoir adjudicateur de vérifier les justifications fournies par un soumissionnaire quant au prix apparemment anormal de son offre et de l'interroger à nouveau, si nécessaire. Elle fait valoir que cette disposition s'oppose dès lors à ce qu'un pouvoir adjudicateur se borne à se référer, sans avoir procédé à un examen sérieux, aux justifications fournies par un soumissionnaire. Selon elle, "il ressort de la jurisprudence [du Conseil d'Etat] que le caractère anormal des prix doit être apprécié poste par poste par le pouvoir adjudicateur : «le contrôle des prix doit en effet s'effectuer poste par poste»".

Or, elle estime qu'en l'espèce, la partie du rapport d'examen des offres relatif au contrôle de la normalité des prix de la société MELIN se limite à indiquer que la société en question a avancé comme éléments d'explication l'expérience, l'organisation de l'entreprise, sa spécialisation en voirie forestière ou les moyens techniques utilisés, sans qu'il soit possible à la lecture de cette motivation de comprendre pourquoi ces justifications ont été retenues.

La partie requérante fait également valoir que les éléments de justification avancés par la société MELIN "constituent des éléments que d'autres soumissionnaires peuvent revendiquer" et qu'il revenait par conséquent à la partie adverse d'expliquer dans sa motivation en quoi ils sont, dans le chef de ce soumissionnaire, "particulièrement bons au point d'avoir une incidence déterminante sur le prix".

Elle estime donc que "le rapport d'examen des offres ne permet pas de conclure à l'absence d'anormalité du prix de la société MELIN, ni qu'il a été procédé à un examen sérieux et minutieux des offres par la partie adverse".

Elle considère, enfin que "cet examen devait, en l'espèce, d'autant plus faire l'objet d'une motivation précise et détaillée que l'offre de la société MELIN, après application de la correction arithmétique par le pouvoir adjudicateur, est de plus de 22% sous la moyenne des offres sélectionnées".

La partie requérante souligne, enfin, "qu'elle ne dispose pas du justificatif des prix fourni par la société MELIN, puisque la partie adverse ne le lui a pas communiqué, malgré les deux demandes consécutives de la partie requérante" alors que "la procédure d'attribution du marché étant l'adjudication publique, ces données ne revêtent pourtant pas de caractère confidentiel".

Elle explique qu'elle ne peut par conséquent pas examiner si, en l'espèce, la société MELIN a effectivement fourni à la partie adverse toutes les indications

nécessaires pour pouvoir vérifier son prix "ni la mesure dans laquelle ces informations ont été appréciées par la partie adverse".

B. Note d'observations

Concernant la première branche du moyen, la partie adverse observe que "c'est au soumissionnaire interrogé qu'il revient de prouver la normalité de ses prix, et il doit le faire de manière complète et concrète". Elle expose qu'en l'espèce, l'adjudicataire concerné "invoque quatre facteurs, le premier étant un facteur humain, le deuxième se rapportant à l'organisation de son entreprise, le troisième aux solutions et moyens techniques adoptés, et le quatrième aux fournitures". Elle expose qu'il a notamment "joint une liste exhaustive et fournie du matériel dont [il] dispose, et qui en prouve le caractère particulièrement adapté pour effectuer le type de travaux requis par le cahier spécial des charges" et qu'il "insiste sur l'impact qu'a chaque facteur sur les prix qu'[il] propose, prouvant que chacun d'entre eux lui permet de réaliser une économie substantielle, que ce soit au niveau du temps nécessaire pour réaliser les travaux demandés, ou du procédé de construction ou de réalisation des ouvrages". Elle estime donc que cette justification est "tout à fait concrète, complète, et répond parfaitement à la demande du pouvoir adjudicateur".

La partie adverse souligne, par ailleurs, qu'elle dispose d'un très large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne le rejet ou l'admission des justifications apportées par les soumissionnaires interrogés et expose, en substance, que, sous réserve d'une erreur manifeste d'appréciation et sans préjudice de l'obligation de motivation qui pèse sur le pouvoir adjudicateur, il ne revient pas au Conseil d'Etat de substituer son appréciation à la sienne.

Il en découle, selon elle, qu'il revient à la partie requérante de "démontrer que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur manifeste d'appréciation en admettant les justifications sur ses prix fournies par la société anonyme MELIN, et que cette décision n'est pas adéquatement motivée". Or, elle estime d'une part que "la partie requérante ne démontre en rien que le pouvoir adjudicateur aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en admettant les justifications de l'adjudicataire" et, d'autre part, qu'elle "ne parvient pas à démontrer que la motivation établie par le pouvoir adjudicateur dans son rapport d'examen des offres et admettant les justifications de prix de la société anonyme MELIN, ne serait pas adéquate". Elle estime que cette motivation permet à la partie requérante de comprendre les raisons pour lesquelles l'acte attaqué a été pris. Selon elle, cette motivation n'est pas stéréotypée et "permet de se rendre compte que le pouvoir adjudicateur a contrôlé les justifications apportées par la société anonyme MELIN". Elle relève que cette motivation "ne se contente pas de lister tous les éléments de justification invoqués par

l'adjudicataire, mais insiste sur ceux qui lui semblent déterminants : la spécialisation et l'organisation de l'entreprise, qui permettent à la société anonyme MELIN de gérer ses chantiers de façon efficace, avec l'aide d'un gestionnaire attitré de chantier; la spécialisation de la société anonyme MELIN en voirie forestière qui permet d'avoir des prix compétitifs sur le marché; les moyens techniques adaptés de l'entreprise, qui dispose d'une gamme de matériel particulièrement adéquate aux travaux envisagés". En se référant à la jurisprudence du Conseil d'Etat, elle expose, en outre, que "la motivation d'une décision de ne pas rejeter une offre après que le pouvoir adjudicateur se soit interrogé sur la normalité des prix peut être plus succincte qu'en cas de rejet de l'offre". Elle conclut que "la motivation de l'acte attaqué est tout à fait suffisante, et [que] la partie adverse ne devait pas indiquer les raisons qui l'ont amenée à privilégier les motifs qu'elle invoque à l'appui de sa décision".

La partie adverse s'appuie, par ailleurs, sur la jurisprudence du Conseil d'Etat pour contester que le caractère anormal des prix doive être apprécié poste par poste. Elle indique qu'au contraire, "le Conseil d'Etat a précisé à de nombreuses reprises que la vérification des prix peut concerner tant les prix unitaires que les prix totaux, et ne doit donc pas forcément s'effectuer poste par poste". En l'espèce, la demande de vérification des prix portait sur les prix totaux, et non sur certains postes de prix en sorte que la partie adverse considère que "les soumissionnaires ne devaient dès lors pas justifier leurs prix poste par poste, contrairement à ce qu'affirme la partie requérante".

La partie adverse soutient, en conséquence, qu'elle "a procédé à une vérification sérieuse des prix de l'adjudicataire, sans commettre d'erreur d'appréciation, et qu'elle a motivé adéquatement le rapport d'examen des offres".

En ce que la critique de la requérante porte sur le refus de communiquer le justificatif des prix fournis par la société MELIN, la partie adverse fait d'abord valoir "que cette critique ne porte pas sur l'acte attaqué et qu'"en cela, elle est non relevante". Elle indique ensuite que "les courriers de justification de prix et les justifications fournies ne sont pas repris parmi les éléments qui doivent figurer dans une décision d'attribution en vertu de l'article 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 qu'ils "ne figurent pas plus parmi les documents qui doivent faire l'objet d'une information, au sens de l'article 8 de la loi du 17 juin 2013". La partie adverse cite à cet égard une ordonnance du Tribunal de première instance de Bruxelles siégeant en référés du 15 octobre 2012, qui confirme, selon elle, que "le pouvoir adjudicateur non seulement ne devait pas, mais surtout, ne pouvait pas, communiquer le justificatif des prix fourni par la société anonyme MELIN à la partie requérante, sous peine de violer ses obligations relatives au secret professionnel".

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, le pouvoir adjudicateur examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, il dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

Le Conseil d'Etat ne peut substituer sa propre appréciation à cet égard à celle de ce pouvoir adjudicateur.

Il revient, toutefois, au Conseil d'Etat de vérifier si la décision du pouvoir adjudicateur repose sur une motivation suffisante et adéquate et de censurer une éventuelle erreur manifeste d'appréciation dans son chef.

Par ailleurs, lorsque conformément à l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, la vérification du montant total d'une offre s'impose au pouvoir adjudicateur, ledit montant étant présumé anormalement bas, l'appréciation qui conduit le pouvoir à écarter cette présomption doit faire l'objet d'une motivation précise.

En l'espèce, la partie du rapport d'examen des offres relative au contrôle de la normalité des prix de la société MELIN se lit comme suit :

" Suite à notre demande du 01/04/2015 relative à un prix global anormalement bas, la société Melin a répondu par une note de deux pages expliquant que ces prix anormalement bas sont justifiés par leur spécialisation (nombreuses attestations de bonne exécution sont jointes afin d'attester ce point), par l'organisation de leur entreprise (gestion des transports et gestionnaire attitré par chantier) ainsi encore par leur spécialisation en voirie forestière qui permet d'avoir des prix compétitifs sur le marché; par leur moyen technique adopté tel que leur gamme de matériel ainsi que le fait qu'il dispose de leur propre centrale d'enrobage et de béton".

Au terme d'un examen effectué en extrême urgence, cette motivation se limite à résumer les justifications fournies par ce soumissionnaire, sans même explicitement indiquer qu'elle les juge convaincantes. Il ne peut, par ailleurs, pas être conclu de la seule mention faite entre parenthèses de la production de "nombreuses attestations de bonne exécution" que la partie adverse a procédé à la vérification des justifications avancées par le soumissionnaire concerné. Enfin, la motivation en question ne contient pas la moindre mention des raisons pour lesquelles la partie adverse estime que les justifications ainsi résumées sont suffisamment précises et pertinentes pour expliquer le caractère apparemment anormalement bas du prix proposé.

Il n'y a, pour le surplus, pas lieu de se prononcer sur la pertinence des éléments de motivation formulés dans la note d'observations, dès lors que le contrôle de légalité ne peut porter que sur l'acte litigieux, sa motivation et ce qui l'a précédé, en sorte que le Conseil d'Etat ne peut avoir égard à des explications fournies *a posteriori*.

Le deuxième moyen est sérieux en sa première branche et suffit à justifier la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

V. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse, qui s'en réfère à justice sur ce point, n'invoque aucune circonstance de nature à établir que les conséquences négatives de la suspension de l'exécution de l'acte attaqué pourraient l'emporter sur ses avantages. Aucun obstacle ne s'oppose dès lors à ce titre à la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

VI. CONFIDENTIALITE

Le bénéfice de la confidentialité est sollicité par la partie adverse pour les différentes offres déposées dans le cadre de la procédure d'attribution du marché litigieux ainsi que pour les courriers par lesquels la société anonyme MELIN, la requérante et la société anonyme PPR-VIBED ont répondu à la demande de justification du montant total de leur offre (pièces 17 à 20 du dossier administratif).

La partie requérante demande la levée de la confidentialité du courrier du 8 avril 2015 par lequel la société anonyme MELIN a répondu à cette demande de justification.

La nécessité de maintenir la confidentialité du courrier du 8 avril 2015 de la société MELIN ne s'impose pas d'évidence. Toutefois, à ce stade de la procédure, la divulgation des pièces déposées à titre confidentiel par la partie adverse ne s'avère pas nécessaire à la solution du litige. La confidentialité des offres et des différents courriers de justification de prix peut dès lors être maintenue provisoirement, ainsi que le sollicite la partie adverse.

La requérante déposant également son courrier de justification de prix en pièce 5 de son dossier de pièces, il convient de déclarer d'office cette pièce confidentielle.

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

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision notifiée le 15 mai 2015 par l'I.B.G.E. d'attribuer le marché de travaux intitulé "Travaux d'entretien de la voirie forestière", régi par le cahier spécial des charges n° 2014E0566, à la société MELIN.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La pièce 5 du dossier de pièces de la partie requérante et les pièces 17 à 20 du dossier administratif 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 premier juillet 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.