

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 232.110 du 7 septembre 2015

G./A.216.672/VI-20.542

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 l'I.B.G.E.,

ayant élu domicile chez
Mes Virginie DOR
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 11 août 2015, la société anonyme QUINTELIER sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision corrigée de l'Institut bruxellois pour la gestion de l'Environnement (ci-après : l'IBGE) du 7 juillet 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 13 août 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 4 septembre 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 Magali HEINE, *loco* Mes Barteld SCHUTYSER et Michèle BELMESSIERI, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Mes Virginie DOR et Florence CAILLOL, avocats, 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 de l'Environnement a décidé le 30 avril 2015 d'attribuer le marché à une autre

société. Cette décision a fait l'objet de l'arrêt n° 231.834 du 1^{er} juillet 2015 qui en a ordonné la suspension.

III.6. Le 7 juillet 2015, la Ministre de l'Environnement a décidé de retirer la première décision d'attribution du 30 avril 2015 et d'attribuer le marché à la société MELIN.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. PREMIER MOYEN

IV.1. Thèse de la requérante

La partie requérante prend un "premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 5 et 24 de la loi du 15 juin 2006 «relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services», de l'article 54, § 2 et 89 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 «relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques», des principes de concurrence et d'égalité de traitement entre soumissionnaires et de l'excès de pouvoir".

Dans une première branche, elle fait grief à la partie adverse d'avoir "attribué le marché litigieux, qui n'est pas un marché divisé en lots, à un soumissionnaire ayant présenté un «rabais» contraire à la réglementation sur les marchés publics"; dans une seconde branche, elle expose que "ce «rabais» s'apparente, en réalité, à une double offre; alors qu'un pouvoir adjudicateur ne peut, en vertu des dispositions et principes visés au moyen, attribuer un marché à un soumissionnaire ayant déposé une offre irrégulière".

Concernant la première branche, elle soutient, en substance, que seul l'article 89 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit la possibilité d'offrir un rabais et limite cette possibilité aux offres pour plusieurs lots. Elle soutient qu'"il ne peut y avoir de rabais en dehors de l'hypothèse" visée par cet article. Or, le présent marché n'est pas un marché à lots, en sorte que la société MELIN ne pouvait proposer, comme elle l'a fait, un rabais sur son offre. Elle considère donc que l'offre de celle-ci "était, partant, affectée d'une irrégularité, susceptible d'entraîner l'écartement de l'offre" et qu'en proposant "un rabais non prévu par la réglementation, la société MELIN a, en effet, tenté de se procurer un avantage concurrentiel illicite par rapport à ces concurrents, dont la partie requérante".

Concernant la seconde branche, la partie requérante fait, en substance, valoir que l'article 54, § 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité "interdit de déposer plusieurs offres sauf en cas de variantes ou de dialogue compétitif". Or, elle estime qu'en mentionnant sur son métré récapitulatif un rabais de 3 % sur l'ensemble des prix unitaires, la société MELIN a proposé un prix manquant de clarté et susceptible de "donner lieu à deux interprétations : tantôt le pouvoir adjudicateur pouvait considérer que le rabais était déjà intégré dans le prix total proposé par la société MELIN, tantôt il pouvait considérer que le rabais s'ajoutait encore à ce prix total". Elle ajoute que "[l]e rapport d'examen des offres confirme d'ailleurs que le pouvoir adjudicateur a eu une hésitation au regard du rabais proposé par la société MELIN et qu'il a choisi de considérer que cette mention ne représentait pas un rabais supplémentaire". Elle en conclut que "la société MELIN a offert un choix à la partie adverse d'appliquer ou non un rabais supplémentaire de 3 % au prix proposé" et fait valoir qu'"[u]ne telle proposition de prix «à la carte» n'est pas acceptable" en ce qu'elle "s'apparente, en réalité, à une double offre pour le marché litigieux, ce qui est pourtant interdit par l'article 54, § 2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011".

La partie requérante estime dès lors que l'offre de l'adjudicataire "comportait en réalité deux offres" et "devait être déclarée irrégulière et être rejetée en conséquence".

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la première branche

L'article 89 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques se lit comme suit :

- " Dans ses offres pour plusieurs lots, le soumissionnaire peut présenter soit un ou plusieurs rabais en adjudication, soit une ou plusieurs propositions d'amélioration en appel d'offres, pour le cas où ces mêmes lots lui seraient attribués, à condition que les documents du marché ne l'interdisent pas.
Lorsque les documents du marché le requièrent et que le pouvoir adjudicateur fait application de l'article 58, § 4, alinéa 1^{er}, 2°, le soumissionnaire indique dans ses offres pour plusieurs lots son ordre de préférence pour l'attribution de ces lots ".

Cette disposition vise clairement l'hypothèse d'une offre pour plusieurs lots et prévoit que dans ce cas, le soumissionnaire peut faire dépendre l'octroi d'un rabais ou d'une amélioration de la condition que plusieurs lots lui soient attribués, pour autant que le cahier des charges n'interdise pas ce type de rabais conditionnel. Cette hypothèse est totalement étrangère à la présente espèce, en sorte que cet article ne trouve pas à s'appliquer au marché litigieux. Il ne peut, par ailleurs, pas être déduit de cette disposition, ni d'aucune règle visée au moyen, qu'un soumissionnaire ne peut

pas indiquer dans son offre que celle-ci permet à l'adjudicateur de bénéficier d'un rabais qui, comme en l'espèce, n'est soumis à aucune condition. L'article 81, alinéa 1^{er}, 2°, c), de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité prévoit d'ailleurs expressément que l'offre indique "le cas échéant, les rabais ou améliorations pour tout ou partie de l'offre", hypothèse que cet article distingue des "rabais ou améliorations en cas d'application de l'article 89, alinéa 1^{er}", visés, quant à eux, au 2°, d).

Prima facie, le moyen manque en droit en sa première branche.

B. Quant à la seconde branche

La société MELIN a soumis une offre dans laquelle elle indique faire profiter le pouvoir adjudicateur d'un rabais. Rien n'autorise à considérer qu'elle aurait soumis deux offres. En considérant que le rabais est inclus dans le prix proposé, la partie adverse n'a pas fait un choix entre deux offres ou entre deux prix proposés pour une même offre, mais a fait de cette offre une lecture qui n'apparaît pas manifestement déraisonnable.

Prima facie, le moyen manque en fait en sa seconde branche.

V. SECOND MOYEN

V.1. Thèse de la requérante

La partie requérante prend un second 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 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 et du devoir de minutie ainsi que de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elle reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir admis les justifications fournies par la société MELIN concernant le caractère apparemment anormalement bas de son prix alors que, selon elle, ces justifications ne sont pas admissibles et "ne contribuent pas à expliquer le caractère anormalement bas du prix de la société MELIN qui s'écarte de presque 25 % de la moyenne des prix des offres".

Elle estime que la partie adverse n'a pas examiné avec le soin requis les justifications fournies et a accepté des justifications vagues, non-pertinentes, inexactes ou qui ne correspondent pas à la réalité.

Citant plusieurs arrêts du Conseil d'Etat, elle expose que l'article 21, § 3, alinéa 5 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité imposait à la partie adverse "de vérifier les justifications fournies par un soumissionnaire quant au prix anormal de son offre et d'interroger à nouveau ce soumissionnaire, si nécessaire" et s'opposait à ce qu'elle "se borne à demander des justifications à un soumissionnaire et à s'y référer dans la décision d'attribution du marché, sans procéder à un examen sérieux de celles-ci".

Or, en l'espèce, elle estime que "le pouvoir adjudicateur a accepté dans le cadre de la vérification des prix des justifications fournies par la société MELIN qui ne pouvaient expliquer le prix proposé par ce soumissionnaire et ne pouvaient, partant, être acceptées par la partie adverse". Selon elle, "un examen minutieux lors de la vérification des prix aurait dû conduire la partie adverse à conclure à l'irrégularité de l'offre de la société MELIN". Elle soutient que la partie adverse "s'est limitée à reprendre et accepter des considérations générales" et fait valoir qu'elle "n'a notamment pas procédé à un examen de la normalité du prix pour chaque poste", contrairement à ce qu'exige une jurisprudence du Conseil d'Etat.

La partie requérante soutient que "le rapport d'examen des offres n'expose pas les raisons pour lesquelles l'expérience, l'organisation de l'entreprise, sa spécialisation en voirie forestière ou les moyens techniques utilisés, qui constituent des éléments que d'autres soumissionnaires peuvent revendiquer, sont particulièrement bons au point d'avoir une incidence déterminante sur le prix". Elle s'emploie à contester point par point la justification de prix acceptée par la partie adverse concernant l'expérience dans la réalisation de travaux similaires ou dans la même Région, la possession de l'équipement particulier à l'exécution du marché, l'intervention d'un gestionnaire de chantier attitré et le faible taux de rotation du personnel.

Il découle, selon elle, de cette analyse qu'en acceptant les justifications de prix de la société MELIN, la partie adverse "a incontestablement commis une erreur manifeste d'appréciation". Elle conclut que "le prix de la société MELIN n'étant pas justifié, la partie adverse aurait dû écarter l'offre de l'adjudicataire pour cause d'irrégularité substantielle".

V.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, la vérification du montant total d'une offre s'impose au pouvoir adjudicateur, ledit montant étant présumé anormalement bas, l'appréciation qui conduit ce pouvoir adjudicateur 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 bonnes 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 [*sic*] tel que leur gamme de matériel ainsi que le fait qu'ils disposent de leur propre centrale d'enrobage et de béton.

Suite à une analyse approfondie de ces documents, l'IBGE fait sienne les justifications reçues de la société MELIN et les juge satisfaisantes pour considérer les prix de cette société comme normaux. Il ressort d'ailleurs de ses justifications que cette société a effectué pour l'IBGE, à la satisfaction de celui-ci les mêmes travaux que le présent marché et ce pour un montant attesté de 238.733 eur tvac (attestation de bonne exécution à l'appui). Il faut également mettre en exergue que les prix de la société MELIN ne diffèrent de la moyenne de plus de 15% que par le fait que les autres offres remises sont apparemment anormalement [*hautes*] et de ce fait en calculant cette moyenne les offres des sociétés QUINTELIER et MELIN se retrouvent dans une situation de prix apparemment anormalement bas au vu de l'article 99, §2 de l'AR du 15 juillet 2011. Il appert que les autres sociétés ayant remis prix pour ce marché ne sont pas spécialisées dans les travaux de voirie forestière et ne disposent dès lors pas d'équipement particulier à l'exécution de ce marché au contraire de la société MELIN qui démontre, via sa gamme de matériel, qu'elle dispose de l'ensemble du matériel particulièrement approprié pour l'exécution de ce marché. Il ressort également de sa justification qu'un gestionnaire de chantier attitré pourra intervenir directement et à tout moment en fonction de l'avancement des chantiers. L'IBGE considère qu'il s'agit d'une justification adéquate en ce que cela permet une réactivité incontestable et une adaptation constante afin d'éviter tout gap qui pourrait se produire dans l'exécution (et donc une rationalisation des coûts et des prix). Un autre point avancé est le faible taux de

rotation du personnel et de ce fait de leur spécialisation de leur travail respectif. L'IBGE confirme qu'il est bien évidemment indéniable que le fait de disposer de personnel qualifié en fonction du domaine à exécuter va permettre une action rapide et efficace tout en obtenant un résultat optimal. Un autre des arguments mis en exergue par la société MELIN repose sur le grand nombre de marchés que la société gère au niveau de la Région Bruxelloise et qui permet une synergie au niveau des chantiers et une intervention rapide si un problème devait se poser sur un de leurs chantiers en cours d'exécution. L'IBGE a vérifié ce point au vu des nombreuses attestations de bonne exécution remise et considère qu'il s'agit également d'une justification permettant de valider le caractère normal des prix. Après analyse et vérification de l'ensemble des justifications apportées par la société et au vu des connaissances de l'IBGE des prix du marché et de ses expériences pour ce type de marchés et les prix appliqués par les entreprises, l'IBGE considère que les prix de la société MELIN sont normaux et réalistes pour ce type de marché".

La partie requérante allègue une violation du principe de motivation matérielle. Elle ne soutient, par conséquent, pas que, formellement, l'acte attaqué ne serait pas motivé. Elle considère, en revanche, que ses motifs ne sont pas admissibles.

Il ressort de l'extrait cité du rapport d'examen des offres que la partie adverse ne s'est pas contentée de reprendre les justifications avancées par le soumissionnaire, mais qu'elle a procédé à un examen circonstancié de celles-ci. Elle fournit, par ailleurs, les motifs pour lesquels, à l'issue de cette vérification, elle estime que le prix proposé est normal et réaliste pour ce type de marché.

Ainsi, la motivation litigieuse indique pour quelle raison les justifications qui sont liées à la spécialisation de l'adjudicataire dans les travaux de voirie forestière ne pourraient, *in casu*, pas être avancées indifféremment par tous les soumissionnaires, et en particulier pas par les soumissionnaires ayant déposé une offre très largement supérieure à celles de l'adjudicataire et de la partie requérante, dont les prix sont voisins. De même, en indiquant qu'elle a vérifié la réalité des explications de l'adjudicataire quant au "grand nombre de marchés [qu'il] gère au niveau de la Région Bruxelloise", ce qui "permet une synergie au niveau des chantiers et une intervention rapide si un problème devait se poser sur un de leurs chantiers en cours d'exécution", la partie adverse ne se contente pas de reprendre la justification avancée, mais explique pourquoi elle peut l'accepter et pourquoi cette circonstance est effectivement de nature à justifier un prix moins élevé. Enfin, en ce qui concerne les justifications liées au gestionnaire de chantier et à la faible rotation du personnel, la motivation fait apparaître que la partie adverse a examiné en quoi ces caractéristiques contribuent à expliquer un prix inférieur à celui d'autres soumissionnaires, notamment grâce à une "rationalisation des coûts et des prix", une plus grande efficacité et "un résultat optimal".

La partie requérante ne démontre, par ailleurs, pas qu'en admettant ces justifications, le pouvoir adjudicateur aurait agi de manière manifestement déraisonnable. Ainsi, il n'apparaît, à première vue, pas déraisonnable d'admettre qu'une plus grande spécialisation dans un segment très particulier des travaux de voirie, et notamment le fait de disposer d'une gamme de matériel plus appropriée à ce type de travaux, peut contribuer à expliquer un prix inférieur à celui de concurrents ne disposant pas d'une expérience et d'un matériel comparables. Or, la partie requérante n'étaye nullement ses affirmations selon lesquelles les autres soumissionnaires peuvent faire valoir les mêmes éléments. Elle n'étaye pas davantage son allégation selon laquelle la localisation d'un grand nombre de chantiers dans la Région bruxelloise n'est pas propre à l'adjudicataire. Or, eu égard à la spécificité du marché litigieux, rien n'autorise, à défaut d'indications plus précises, à considérer que l'ensemble des soumissionnaires disposent nécessairement de la même implantation locale. Quant aux caractéristiques liées au gestionnaire de chantier et à la faible rotation du personnel, la partie requérante ne soutient pas qu'elles ne seraient pas propres à l'adjudicataire et ne démontre pas qu'il est manifestement déraisonnable de considérer que ces circonstances sont de nature à réduire les coûts de l'entreprise qui en bénéficie.

Au vu de ce qui précède, la partie requérante n'établit pas que la décision attaquée serait entachée d'une erreur d'appréciation qui puisse être qualifiée de manifeste ni que la partie adverse aurait manqué à son devoir de minutie dans l'examen auquel elle s'est livrée des justifications fournies par la société MELIN.

La partie requérante reproche encore à la partie adverse de ne pas avoir vérifié poste par poste les explications fournies par l'adjudicataire pressenti. Elle ne peut être suivie sur ce point. En effet, dès lors que la société MELIN a été invitée à justifier le caractère apparemment anormalement bas du prix global de son offre, c'est bien sur ce prix global que devaient porter les justifications et la vérification de celles-ci par la partie adverse.

A première vue, la partie adverse a, en conséquence, pu tenir pour normal le prix proposé par la société MELIN sans violer aucun des principes et dispositions visés au moyen.

Le moyen n'est pas sérieux.

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 les soumissionnaires ont répondu à la demande de justification du montant total de leur offre et pour le métré du précédent marché attribué à la société MELIN (pièces 17 à 20 et 26 du dossier administratif).

Il y a lieu de prononcer la confidentialité de ces pièces afin de préserver le secret des affaires, leur divulgation n'apparaissant, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige.

La requérante déposant également son courrier de justification de prix en pièce 9 de son dossier, il convient de déclarer d'office cette pièce confidentielle.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La pièce 9 du dossier de pièces de la requérante et les pièces 17 à 20 et 26 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

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 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le sept septembre 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.