

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.950 du 29 décembre 2016

G./A.220.958/VI-20.925

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

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

contre :

la Région wallonne,
représentée par son Gouvernement.

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur

**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 14 décembre 2016, la société anonyme QUINTELIER sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision non-datée de la Région wallonne, par laquelle celle-ci attribue le marché de travaux intitulé «Fauchage, Entretien et réparation des berges et abords des districts de Charleroi et de Braine-le-Comte sur la Sambre et le canal Charleroi-Bruxelles», régi par le cahier spécial des charges n° 02.05.01-15A44, au soumissionnaire AM A2 – ABOG".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 15 décembre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 28 décembre 2016 à 10 heures 30.

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.

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* Me Barteld SCHUTYSER, avocat, comparaissant pour la requérante, et Me Ann Lawrence DURVIAUX, 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. La partie adverse a publié, le 12 août 2015, au Bulletin des adjudications un avis relatif à la passation d'un marché ayant pour objet :

" L'exécution des travaux d'entretien et de réparation des berges, abords et dépendances du canal Charleroi à Bruxelles dans la section Dampremy-Clabecq ainsi que sur la Sambre de Landelies à Roselies notamment :

- les fauchages des abords du Plan Incliné de Ronquières ;
- l'entretien et l'amélioration des chemins de halage ;
- l'entretien et l'amélioration des égouttages ;
- l'entretien et les réparations des berges ;
- l'abattage d'arbres ;
- le curage de fossés. "

Il s'agit d'un marché public de travaux, passé selon une procédure ouverte d'adjudication.

III. 2. Le procès-verbal dressé lors de l'ouverture des offres, le 25 septembre 2015, atteste qu'à cette date, sept offres ont été déposées, dont celle de la requérante et celle du groupement constitué par les sociétés A2 et ABOG. A l'ouverture des offres, celle de la requérante s'élève à 345.612,52 euros (TVAC), et celle du groupement A2-ABOG à 404.721,09 euros (TVAC).

III. 3. Le 2 juin 2016, la partie adverse prend une décision déclarant notamment irrégulière l'offre du groupement A2-ABOG et attribuant le marché à la requérante, celle-ci ayant remis l'offre régulière la plus basse.

III. 4. A la suite d'une requête en suspension d'extrême urgence introduite par le groupement A2-ABOG, la partie adverse décide, le 28 juillet 2016, "de retirer la décision d'attribution du marché à la SA QUINTELIER et de recommencer l'analyse des offres". Cette décision est notifiée à la requérante par un courrier du 29 juillet 2016.

III. 5. Le 14 octobre 2016, les services de la partie adverse rédigent un rapport d'analyse des offres, qui conclut à la régularité des offres du groupement A2-ABOG, de la requérante et de deux autres soumissionnaires. Il procède ensuite à la "vérification des opérations arithmétiques" et indique qu'"après examen des opérations arithmétiques et rectifications des offres retenues", l'offre du groupement A2-ABOG s'élève à 327.743,54 € (TVAC), tandis que l'offre de la requérante s'élève à 345.612,52 € (TVAC).

Le rapport indique encore ce qui suit au sujet de la régularité des prix unitaires:

" Le critère d'analyse des prix unitaires des postes significatifs a été défini à 2% de la moyenne des offres déposées par des soumissionnaires sélectionnés.
[...]

Après examen, il ressort de l'analyse des prix unitaires de l'offre du soumissionnaire AM ABOG-A2 SA que ceux-ci paraissent anormalement bas. Les postes n° 6 et 58 s'écartent d'au moins 15 % de la moyenne des postes. Une demande de justification du prix des postes n° 6 et 58 a été adressée au soumissionnaire en date du 09 septembre 2016. Celui-ci a répondu dans le délai des 12 jours calendrier octroyé par courrier recommandé reçu le 20 septembre 2016.

Après analyse des documents transmis, il apparaît que les prix des postes unitaires n° 6 et 58 sont considérés comme normaux. Les prix unitaires d'achat des matériaux et fournitures, les rendements d'exécution ainsi que les taux horaires sont correctement établis dans sa justification.

Après examen, il ressort de l'analyse des prix unitaires de l'offre du soumissionnaire QUINTELIER SA que ceux-ci paraissent anormalement bas. Les postes n° 31 et 60 s'écartent d'au moins 15% de la moyenne des postes. Une demande de justification du prix des postes n° 31 et 60 a été adressée au soumissionnaire en date du 04 avril 2016. Celui-ci a répondu dans le délai des 12 jours calendrier octroyé par courrier recommandé reçu le 08 avril 2016.

Après analyse des documents transmis, il apparaît que les prix des postes unitaires n° 31 et 60 sont considérés comme normaux. Les prix unitaires d'achat des matériaux et fournitures, les rendements d'exécution ainsi que les taux horaires sont correctement établis dans sa justification".

Le rapport établit le classement final des offres comme suit :

1. AM ABOG-A2 SA 327.743,54 € (TVAC)
2. QUINTELIER SA 345.612,52 € (TVAC)
3. SOGEPLANT SA 433.194,01€ (TVAC)

III. 6. Le 3 novembre 2016, le Directeur général de la Direction générale opérationnelle "Mobilité et Voies hydrauliques" reprend à son compte cette analyse des offres et décide "d'attribuer [le marché] à la AM A2-ABOG, qui a remis l'offre régulière la plus basse pour un montant de 270.862,43 € HTVA et 327.743,54 € TVAC".

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. SECOND MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen, le second, "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 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 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, 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 le groupement A2-ABOG relativement au caractère anormalement bas de son prix concernant deux postes sans que la motivation de l'acte attaqué ne permette de comprendre pour quels motifs ces prix sont finalement considérés comme "normaux, réguliers et, partant, acceptables".

Elle estime que la motivation de l'acte attaqué n'est, sur ce point, ni suffisante ni pertinente dès lors qu'elle se borne à indiquer que les prix de certains postes du groupement A2-ABOG qui paraissent anormalement bas ont fait l'objet d'une demande de justification et que les justifications apportées permettent de conclure que les prix unitaires concernés sont "normaux" au motif qu'ils sont "correctement établis". Elle relève, à cet égard, que l'acte attaqué ne mentionne pas quelles sont les justifications concrètes apportées par le groupement A2-ABOG et lui

fait grief de se contenter "de recourir à une motivation stéréotypée qui ne permet pas de vérifier si les justifications apportées par soumissionnaire AM A2-ABOG ont bien été examinées ni si elles sont suffisamment précises et étayées en fait pour expliquer les prix particulièrement peu élevés de ce soumissionnaire". Elle considère qu'il lui est, par conséquent, impossible "de vérifier la réalité des motifs pour lesquels la partie adverse a accepté ces justifications ni si celles-ci sont effectivement admissibles".

La requérante relève, ensuite, que "l'acte attaqué se contente de mentionner que les prix concernés s'écartent d'au moins 15% de la moyenne des postes sans identifier avec précision l'écart calculé" ni même "la moyenne des postes estimée par la partie adverse", en sorte qu'il "n'est donc pas possible de vérifier l'adéquation de la motivation puisqu'elle empêche de déterminer l'importance de cet écart et donc l'importance du caractère anormalement bas des prix concernés".

Elle s'interroge, enfin, sur la prise en compte ou non par la partie adverse dans la vérification des prix d'un rabais de 7 pourcents sur tous les prix unitaires annoncé par le groupement A2-ABOG à la fin de son métré, mais non indiqué par celui-ci dans son offre. Elle estime que "dès lors qu'il a oublié de faire application de ce rabais dans son offre, il est douteux que les justifications du prix du soumissionnaire AM A2-ABOG aient effectivement tenu compte de l'application de ce rabais". Or, la requérante fait valoir que "l'application d'un rabais de 7 % sur des prix qui s'écartent déjà d'au moins 15% de la moyenne des postes, augmente encore cet écart et, partant, renforce le caractère anormalement bas de ces prix".

Elle estime, en conséquence, que "la partie adverse n'a pas examiné les justifications du prix du soumissionnaire AM A2-ABOG conformément à la réglementation sur les marchés publics et que la motivation de l'acte attaqué ne [lui] permet pas [...] de comprendre pour quels motifs le marché a été attribué au soumissionnaire AM A2-ABOG alors que certains prix de son offre ont été considérés comme anormalement bas, ni les raisons pour lesquelles ces prix ont finalement été considérés comme normaux et réguliers".

B. Note d'observations

La partie adverse observe qu'invité à lui apporter des justifications quant aux prix unitaires des postes 6 et 58, le groupement A2-ABOG a fait valoir dans un courrier du 20 septembre 2016 les éléments généraux suivants :

" Depuis quelque temps, on s'est installés dans la région, dans le zoning de Frameries.
Nous avons construit des bureaux, un logement et des hangars pour le stockage et l'entretien du matériel.

Aussi nous avons construit un grand hangar pour le traitement des boues et terres. En plus de ça, nous avons un centre de tri où nous pouvons accepter tous types de déchets de construction. De plus, nous sommes en train d'installer une centrale à béton.

Ce marché est important pour notre entreprise, avec tous ces éléments et nos jeunes conducteurs et chefs d'équipe nous pouvons être très performants, rentables et très flexibles.

Afin d'éviter tout malentendu, nous précisons être à votre disposition si des documents ou des renseignements complémentaires sont nécessaires.

Nous exécutons momentanément 3 baux similaires (Baux d'entretien des berges et chemins de halage pour la direction de Mons - Voies hydrauliques) à l'entière satisfaction du Maître d'ouvrage.

Les travaux que nous devons exécuter, sont similaires à ceux de ce marché".

Elle ajoute que "[p]ar ailleurs, les prix unitaires des deux postes ont été justifiés de manière très précise par le soumissionnaire", le poste 6 ayant "fait l'objet d'une justification par référence au coût du matériel utilisé au regard de son amortissement, aux frais de fonctionnement du matériel, aux frais généraux et bénéfice et au coût du personnel" et le poste 58 ayant "fait l'objet d'une justification en lien avec le coût des fournitures, les frais généraux et bénéfice, les frais de personnel et le coût du matériel".

La partie adverse expose qu'elle "a accepté ces justifications, qui sont précises, concrètes et étayées". Elle considère n'avoir commis en cela aucune erreur manifeste d'appréciation et soutient que "la motivation formelle de l'acte attaqué, contrairement à ce qu'affirme la partie requérante, n'est pas stéréotypée". Selon elle, cette motivation "vise précisément les postes pour lesquels le pouvoir adjudicateur a effectué une vérification, ce qui implique qu'elle ne pourrait pas se rapporter à n'importe quel autre marché". Cette motivation "mentionne par ailleurs que les justifications concernent «les prix unitaires d'achat des matériaux et fournitures» et «les rendements d'exécution ainsi que les taux horaires», ce qui correspond effectivement au contenu des justifications apportées par l'association momentanée A2-ABOG". Elle indique encore que cette "motivation formelle atteste par ailleurs de ce que les prix unitaires de ces deux postes n'ont été acceptés qu'«après analyse des documents transmis»".

La partie adverse estime encore que si la motivation formelle de l'acte attaqué "ne reproduit pas les justifications précises apportées par l'association momentanée, l'existence et la précision de ces justifications peuvent toutefois être vérifiées dans le dossier administratif" et que la requérante a pu à sa lecture "comprendre que les postes 6 et 58 de l'offre de A2-ABOG ont fait l'objet d'une vérification, que les explications de cette association momentanée ont été examinées par la partie adverse et qu'à l'issue de cet examen, les prix unitaires en question n'ont pas été considérés comme anormaux".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose notamment comme suit:

" Art. 21. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix des offres introduites. A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure toutes indications permettant cette vérification.

§ 2. [...]

§ 3. [...]

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.

La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

Les justifications concernent notamment :

1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

2° les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

4° le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser;

5° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Le pouvoir adjudicateur vérifie les justifications fournies et interroge à nouveau le soumissionnaire si nécessaire.

[...]"

Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, il examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'Etat ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de ce pouvoir, et de censurer dans le chef de ce dernier une appréciation manifestement déraisonnable. En outre, lorsque le pouvoir adjudicateur estime nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier ses prix, l'appréciation qui conduit à estimer ces justifications suffisantes doit faire l'objet d'une motivation précise.

En l'espèce, la partie adverse a estimé que les prix unitaires de l'offre du futur adjudicataire apparaissaient anormalement bas pour deux postes. Il ressort du dossier administratif qu'invité à fournir une justification à cet égard, celui-ci y a répondu en détaillant ses prix.

Quant à la prise en compte du rabais annoncé dans le métré mais non dans le formulaire d'offre, il suffit de constater pour l'examen du second moyen, et sans qu'il y ait lieu à ce stade de se prononcer sur la régularité de ce rabais, que la justification fournie porte bien sur les prix des postes litigieux incluant un rabais de 7 pourcents.

La motivation de l'acte attaqué indique, au sujet de cette justification, ce qui suit:

" Après analyse des documents transmis, il apparaît que les prix des postes unitaires n° 6 et 58 sont considérés comme normaux. Les prix unitaires d'achat des matériaux et fournitures, les rendements d'exécution ainsi que les taux horaires sont correctement établis dans sa justification".

Une telle motivation, par laquelle la partie adverse se borne, en substance, à se référer aux justifications fournies par un soumissionnaire, sans même expliciter celles-ci, ne permet pas de comprendre la raison pour laquelle des prix qui apparaissent anormalement bas sont finalement tenus pour normaux. La seule affirmation que "les prix unitaires d'achat des matériaux et fournitures, les rendements d'exécution ainsi que les taux horaires sont correctement établis dans sa justification" donne, certes, une indication quant au fait que le soumissionnaire a répondu en fournissant le détail de ses prix, mais nullement quant à la "normalité" des prix ainsi détaillé ni quant à l'adéquation de ces prix aux exigences de bonne réalisation des prestations attendues.

Dans les limites d'un examen effectué en extrême urgence, la motivation formelle de l'acte attaqué ne permet donc pas de s'assurer que la partie adverse a procédé à la vérification des justifications fournies, comme le lui impose l'article 21, § 3, alinéa 5, de l'arrêté royal précité du 15 juillet 2011. En outre, le dossier administratif ne contient, à première vue, aucune pièce permettant de considérer que la partie adverse aurait effectivement procédé à cette vérification.

Le moyen est, par conséquent, sérieux et suffit à entraîner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué. Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner le premier moyen.

V. CONFIDENTIALITE

La partie adverse joint à son dossier administratif les offres de la requérante et du groupement A2-ABOG, en demandant qu'elles soient tenues confidentielles.

La requérante demande, quant à elle, que soit préservée la confidentialité de son offre et de la justification de prix qu'elle a fournie.

La divulgation des offres précitées et de la justification de prix fournie par la requérante n'apparaît, à ce stade de la procédure, pas utile à la solution du litige et pourrait nuire au secret des affaires, en sorte qu'il y a lieu de faire droit à la demande des parties.

Pour les mêmes raisons, il s'indique de déclarer d'office comme confidentielles les justifications de prix fournies par les soumissionnaires qui sont produites au dossier administratif.

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

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 3 novembre 2016 par la Région wallonne par laquelle celle-ci attribue le marché de travaux intitulé "Fauchage, Entretien et réparation des berges et abords des districts de Charleroi et de Braine-le-Comte sur la Sambre et le canal Charleroi-Bruxelles", régi par le cahier spécial des charges n° 02.05.01-15A44, à l'association momentanée A2-ABOG.

Article 2.

Les justifications de prix ainsi que les offres déposées par la requérante et la partie adverse demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

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
vingt-neuf décembre deux mille seize par :

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

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Serge BODART.