CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R ÊT

n^o^ 241.714 du 5 juin 2018

A. 225.189/VI-21.244

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

ayant élu domicile chez
M^e^ Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories 2
4020 Liège,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée VIVALIA,

ayant élu domicile chez
M^es^ Olivier LOUPPE ET
Jean LAURENT, avocats,
avenue Louise 250
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 mai 2018, la société anonyme SERVITEX demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la "décision de VIVALIA du 20 mars 2018 attribuant […] à la société anonyme MALYSSE le marché public de services relatif à la location et l'entretien des vêtements de travail et linge plat des différentes institutions de VIVALIA".

II. Procédure

Par une ordonnance du 15 mai 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 31 mai 2018 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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'État ont été acquittés.

M^me^ Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Pierre LEJEUNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^es^ Charline SERVAIS et Jean LAURENT, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian AMELYNCK, Premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Par la publication d'un avis de marché au Bulletin des adjudications du 22 juin 2017 et au supplément du Journal Officiel de l'Union Européenne du 27 juin 2017, la partie adverse a lancé, par appel d'offres ouvert, un marché public de services relatif à la location et l'entretien des vêtements de travail et linge plat de ses différentes institutions.

L'article 4 du cahier spécial des charges précise, en ce qui concerne la sélection qualitative, que le soumissionnaire doit fournir :

" B.1 : pour justifier sa capacité financière et économique (article 67 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011)
- Une déclaration bancaire appropriée.
- Une déclaration concernant le chiffre d'affaires annuel global (HTVA) au cours des deux derniers exercices doit être jointe à l'offre. Le montant total de l'offre HTVA du soumissionnaire, ne pourra excéder, 50 % de son chiffre d'affaire annuel global (HTVA) moyen réalisé au cours des deux dernières années.
- Une déclaration concernant le chiffre d'affaire relatif aux services faisant l'objet du marché réalisé au cours des 3 derniers exercices. Le soumissionnaire fournira la preuve qu'il a obtenus deux marchés similaires au cours des 3 derniers exercices dont le montant annuel est supérieur à 300.000 € HTVA
B.2 : pour justifier sa capacité technique (article 68 et 71 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011)
- Le soumissionnaire fournira la liste des principales missions effectuées au cours des 3 derniers exercices, leur montant, la date et les destinataires. Cette liste reprendra au minimum deux références hospitalières".

Les critères d'attribution sont énoncés à l'article 7 du cahier spécial des charges de la manière suivante :

"

Critères d'attribution	Pondération
Aspects techniques	60 points
Prix	40 points

Le pouvoir adjudicateur attribuera le marché au soumissionnaire qui aura remis l'offre conforme économiquement la plus avantageuse déterminée sur base des critères pondérés suivants définis ci-après.

1. Aspects techniques

Aspects techniques (avis du groupe de travail) comprenant la qualité du service et les articles proposés, l'hygiène, la sécurité de l'approvisionnement, la logistique, la traçabilité, l'aide à la gestion, le modèle organisationnel… avec une pondération de 60 points.

- qualité du service et articles proposés et hygiène / 40 points
- sécurité de l'approvisionnement / 10 points
  - avez-vous des enquêtes de satisfaction et exemple
  - description de cet item
- traçabilité / 10 points
  - description de la méthodologie
- aide à la gestion / 10 points
  - description de la méthodologie
- modèle organisationnel & logistique/ 15 points
  - parc de camions :
    - Moins de 5 camions : 1 point
    - Entre 5 et 10 camions : 2 points
    - Au-dessus de 10 camions : 3 points
  - Nombre de représentants qui suivront le marché :
    - 1 commercial : 1 point
    - 2 commerciaux : 2 points
    - 3 et plus de commerciaux : 3 points
  - Plan catastrophe : 4 points
    - Définition et mise en place : décrire la méthodologie
  - Description du modèle organisationnel proposé : 5 points

La comparaison technique des offres se basera sur :
- La note méthodologique décrivant les moyens mis en oeuvre pour la réalisation de la mission. Il s'agit d'une présentation du programme de travail, description des prestations à réaliser, une description du planning d'intervention,….. Dans cette note devra également apparaitre la description et compréhension des particularités propres au secteur d'activité de l'entité.
- L'analyse des fiches techniques, échantillons,…

Pour chaque sous critère la comparaison des offres et l'attribution des points se fera selon la méthodologie suivante :
Sur base des informations remises dans les offres celle[s]-ci seront analysée et un classement des offres sera établit pour chaque sous critère (hormis le modèle organisationnel et logistique ou les points seront distribués de la façon indiquée plus haut).
Pour chaque sous-critère analysé,
- Le soumissionnaire classé en premier obtiendra le maximum de points
- Le soumissionnaire classé en seconde position obtiendra 90 % des points
- Le soumissionnaire classé en troisième position obtiendra 80% des points

- Le soumissionnaire classé en quatrième position obtiendra 70% des points

Et ainsi de suite…
Les points obtenus pour chaque sous critère seront additionnés et une règle de 3 sera appliquée afin de revenir à 60 points pour l'ensemble du critère.

2. Prix
Le prix comprenant le coût de location et le coût d'entretien des linges et vêtements de travail avec une pondération de 40 points
o La règle de 3 sera d'application pour la pondération des offres

La comparaison des prix des offres se fera TVAC".

Quatre soumissionnaires ont déposé une offre : la requérante, la S.A. MALYSSE, CLEANLEASE et la S.A. PIERRETTE-T.B.A. (Elis).

Le 20 mars, la partie adverse a décidé d'attribuer le marché à la variante 4 de l'offre de la S.A. MALYSSE.

Il s'agit de l'acte attaqué qui a été notifié à la requérante le 30 avril 2018.

IV. Deuxième moyen

IV.1. Thèse des parties

La requérante prend un deuxième moyen de la violation de l'article 21 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 et de l'article 4 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.

Elle explique qu'il ne ressort ni de l'acte attaqué, ni de ses annexes que la partie adverse a procédé à la vérification obligatoire des prix.

La partie adverse conteste l'intérêt de la requérante au moyen dès lors qu'elle n'allègue pas que les prix offerts par les soumissionnaires, et plus particulièrement par le soumissionnaire retenu, seraient anormalement bas. Elle souligne que c'est la requérante qui a remis le prix le plus bas et que le moyen pourrait donc être également soulevé à propos de sa propre offre et ce, de la même manière et sans qu'elle explique en quoi les prix de son offre se différencieraient de ceux de l'offre des autres soumissionnaires.

Elle expose ensuite que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère apparemment anormalement bas d'un prix et que ce n'est que lorsqu'à l'issue de la vérification qu'un prix lui paraît anormal, qu'il est tenu d'inviter le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires, avant de pouvoir, le cas échéant, écarter son offre. Elle constate que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans sa motivation pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, mais qu'il doit ressortir de la décision d'attribution ou du dossier administratif que le pouvoir adjudicateur a bien procédé à une vérification des prix. Elle estime qu'en l'espèce, il ressort du dossier administratif que le pouvoir adjudicateur a bien procédé à une vérification des prix proposés par les soumissionnaires puisqu'un tableau comparatif de l'ensemble des prix unitaires proposés par les soumissionnaires a été dressé par le pouvoir adjudicateur qui a ainsi pu constater que les prix proposés ne paraissaient pas anormalement bas. Elle ajoute, au surplus, que la décision d'attribution mentionne qu'à "noter que afin de comparer les offres correctement le poste 1.1.14 (partie linge plat) a été retiré du total des offres des soumissionnaires qui ne l'avaient pas retiré suite au courrier recommandé", ce qui démontre, selon elle, qu'elle a bien comparé et analysé les prix remis par les différents soumissionnaires. Elle relève qu'il ressort de la pièce n°13 du dossier administratif que le tableau Excel qui a servi à l'établissement du rapport d'attribution a été modifié puisque certaines lignes ont été masquées dans le rapport transmis afin de maintenir la confidentialité des prix, mais que lorsqu'on analyse les lignes complètes du tableau Excel, on constate qu'une analyse des prix détaillée a été réalisée par poste et par article. Elle fait enfin valoir qu'en toute hypothèse, l'ensemble des prix HTVA proposés par l'ensemble des soumissionnaires se situent entre 4.124.363,20 euros et 6.480.442, 36 euros et que de telles différences, sur une durée de quatre ans, ne permettent pas de suspecter l'existence de prix anormalement bas.

IV.2. Appréciation

IV.2.1. Quant à la recevabilité du moyen

Un requérant n'a pas intérêt à un moyen lorsque celui-ci – à le supposer fondé ou sérieux – ne serait pas de nature à entraîner l'annulation ou la suspension de l'exécution de l'acte qui fait l'objet du recours. Tel n'est pas le cas, en l'espèce, du deuxième moyen, qui pourrait – sous réserve d'une éventuelle activation de la "balance des intérêts" – entraîner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué. En effet, si un pouvoir adjudicateur ne procède pas au contrôle des prix, il ne peut attribuer le marché concerné.

En outre, l'illégalité invoquée dans le deuxième moyen fait également grief à la requérante dès lors que rien ne permet d'établir que les offres mieux classées que la sienne n'auraient pas été jugées irrégulières par le pouvoir adjudicateur si celui-ci avait procédé au contrôle des prix. Peu importe de ce point de vue que la requérante ait, en l'espèce, remis l'offre avec le prix global le plus bas. Rien n'autorise, en effet, à présumer du résultat auquel aurait pu aboutir la vérification des prix globaux et unitaires dont l'absence est dénoncée, ni d'ailleurs de la pertinence des éventuelles justifications qu'auraient fournies les soumissionnaires si la partie adverse les avait, à l'issue de cette vérification, invités à justifier des prix apparemment anormalement bas ou haut.

Enfin, il ne peut raisonnablement être reproché à la requérante de ne pas mettre plus directement et plus précisément en cause les offres des autres soumissionnaires dès lors que celles-ci comme le tableau comparatif des prix figurant en pièce 12 du dossier administratif ne lui ont pas été rendues accessibles par la partie adverse qui demande le maintien de leur confidentialité.

Il s'ensuit que la requérante a bien intérêt au moyen.

IV.2.2. Quant au caractère sérieux du moyen

L'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, tel qu'applicable au présent recours, énonce que :

" § 1er. 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. Si les documents du marché le prévoient, le pouvoir adjudicateur peut confier aux personnes qu'il désigne la mission d'effectuer toutes vérifications sur pièces comptables et tous contrôles sur place de l'exactitude des indications fournies dans le cadre de la vérification des prix.

Les indications fournies en application des dispositions qui précèdent ne peuvent être utilisées par le pouvoir adjudicateur à d'autres fins que celle de la vérification des prix.

§ 3. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ce paragraphe n'est pas applicable à la procédure négociée.

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 le marché de travaux, de fournitures ou de services relevant de l'annexe II, A, de la loi atteint le montant fixé à l'article 32 et que le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide publique, l'offre ne peut être rejetée pour ce seul motif que si le soumissionnaire consulté n'est pas en mesure de démontrer dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission européenne".

En vertu de cette disposition, le pouvoir adjudicateur a notamment l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix, pareille vérification devant lui permettre de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents dudit marché.

Si la partie adverse souligne à juste titre que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère apparemment anormalement bas d'un prix et que ce n'est que lorsqu'à l'issue de la vérification qu'un prix lui paraît anormal, qu'il est tenu d'inviter le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires, avant de pouvoir, le cas échéant, écarter son offre, il n'en reste pas moins qu'il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à cette vérification.

En l'espèce, il ne ressort d'aucun élément du dossier administratif, et pas davantage de la décision attaquée, que le pouvoir adjudicateur aurait procédé à une vérification des prix. Or, s'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans sa motivation pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix.

Le tableau comparatif de l'ensemble des prix unitaires proposés par les soumissionnaires dont la partie adverse se prévaut n'établit nullement que le pouvoir adjudicateur a bien procédé à une vérification effective des prix des postes qui y sont mentionnés. Ce tableau reprend tous les prix des différentes offres permettant ainsi de contrôler qu'aucun poste n'a été omis ou qu'aucune erreur dans les opérations arithmétiques n'a été commise par les soumissionnaires, mais ne permet nullement de

constater que le pouvoir adjudicateur a vérifié les prix ainsi annoncés et ce alors que des différences importantes peuvent apparaître pour certains postes.

La mention de la décision attaquée selon laquelle "A noter que afin de comparer les offres correctement le poste 1.1.14 (partie linge plat) a été retiré du total des offres des soumissionnaires qui ne l'avaient pas retiré suite au courrier recommandé transmis à tous les soumissionnaires le 03/108/2017" ne permet pas davantage d'établir l'existence de la vérification des prix. En effet, cette mention explique uniquement la manière dont le pouvoir adjudicateur a comparé les prix globaux dans le cadre de l'attribution des points pour le deuxième critère et fait suite au courrier du 3 août 2017 invitant les soumissionnaires à ne pas "répondre pour les housses de couettes". L'acte attaqué confirme ainsi que, dans le cadre de la comparaison des prix prévue par le deuxième critère d'attribution, la partie adverse a retiré le poste 1.1.14 pour les soumissionnaires qui avaient, malgré ce courrier du 3 août 2017, répondu à ce poste. Cette explication de la manière dont les prix ont été comparés dans le cadre de ce deuxième critère d'appréciation ne permet, par contre, pas d'établir qu'ils ont fait l'objet d'une vérification préalable.

Enfin, si l'ensemble des prix HTVA proposés par les soumissionnaires se situent entre 4.124.363,20 euros et 6.480.442,36 euros, il n'en reste pas moins que des différences importantes existent entre les prix proposés, tant sur les prix globaux que sur les prix unitaires de plusieurs postes, et qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur de vérifier ces prix et leur éventuel caractère apparemment anormalement bas ou haut.

Le dossier administratif ne contient aucun élément qui attesterait l'effectivité de cette vérification des prix, et ce alors que, face à des écarts parfois importants entre les prix de plusieurs offres, la partie adverse ne pouvait vérifier les prix et conclure à leur normalité sans procéder à des investigations dont aurait nécessairement dû rendre compte le dossier.

A défaut de telles indications, l'effectivité d'une vérification des prix ne peut être établie à suffisance, de sorte que le deuxième moyen doit être déclaré sérieux.

V. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VI. Confidentialité

La requérante déclare déposer son offre ainsi qu'une "Feuille d'un tableur réalisée au départ de l'inventaire remis en soumission, complétée par des informations relatives au nombre d'articles et au chiffre d'affaires" à titre confidentiel en vue de protéger le secret des affaires. Ces pièces portent les numéros 1 et 2 de la farde B que la requérante qualifie de confidentielle.

La partie adverse demande la confidentialité pour les offres des soumissionnaires ainsi que pour le tableau comparatif de prix et le tableau du rapport d'attribution dès lors que ces pièces contiennent des informations protégées par le secret des affaires. Ces pièces portent les numéros 12 à 17 du dossier administratif, tel que renseignées dans l'inventaire. Toutefois, le dossier administratif déposé à l'audience ne comporte effectivement que les pièces n° 1 à 14 en telle sorte qu'il n'y a pas lieu de se prononcer sur la confidentialité des pièces 15, 16 et 17.

Dès lors que ces demandes de maintien de confidentialité n'ont pas été contestées et que la divulgation des pièces sur lesquelles elles portent n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

Les pièces portant les numéros 12 à 14 du dossier administratif ainsi que les pièces portant les numéros 1 et 2 du dossier qualifié de "confidentiel" annexé à la demande de suspension sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du 20 mars 2018 attribuant à la société anonyme MALYSSE le marché public de services relatif à la location et l'entretien des vêtements de travail et linge plat des différentes institutions de VIVALIA est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le cinq juin deux mille dix-huit par :

Mmes	Nathalie VAN LAER,	conseiller d'État, président f.f.,
	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Katty LAUVAU. Nathalie VAN LAER.