

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 243.418 du 17 janvier 2019

A. 227.063/VI-21.386

En cause : **la société anonyme CONFECTIEBEDRIJVEN ELANCO,**

ayant élu domicile chez
M^{es} France VLASSEMBROUCK et
Yassine LAGHMICHE, avocats,
avenue de Tervueren 270
1150 Bruxelles,

contre :

la Société de Transport en commun de Charleroi,
en abrégé "TEC Charleroi",

ayant élu domicile chez
M^e Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 décembre 2018, la société anonyme CONFECTIEBEDRIJVEN ELANCO demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution "de la décision du 19 novembre 2018 du TEC Charleroi d'attribuer à la SPRL P.C.P. le lot n° 1 (chemises pour le personnel du TEC Charleroi) et le lot n° 2 (pantalons pour le personnel du TEC Charleroi) du marché intitulé «fourniture de chemises et pantalons d'uniforme» et régi par les cahiers spéciaux des charges successifs n° 2017/27 ADM, n° 2017/27 ADM (2) et n° 2017/27 ADM (BAFO), ainsi que la décision implicite de ne pas attribuer ces lots à la requérante".

II. Procédure

Par une ordonnance du 28 décembre 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 15 janvier 2019 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^{es} France VLASSEMBROUCK et Yassine LAGHMICHE avocats, comparaissant pour la partie requérante et M^e Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, premier auditeur 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. Exposé des faits utiles

Par un courrier daté du 13 décembre 2017, la partie adverse a invité la requérante à déposer, pour le 31 janvier 2018 à 10 heures au plus tard, une offre pour la fourniture de chemises et de pantalons d'uniforme. L'invitation à déposer offre indique que le marché est passé par procédure négociée sans mise en concurrence préalable et joint en annexe le cahier spécial des charges n° 2017/27/ADM dont il ressort que le marché est divisé en deux lots :

- lot 1 : "chemises pour le personnel du TEC Charleroi",
- lot 2 : "pantalons pour le personnel du TEC Charleroi".

Le point 1.3 du cahier spécial des charges se présente comme suit :

" 1.3 Mode de passation

Conformément à l'article 124, § 1, 1° (la dépense à approuver HTVA n'atteint pas le seuil de 418.000,00€) de la loi du 17 juin 2016, le marché est passé par procédure négociée sans mise en concurrence préalable.

Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit d'attribuer le marché sur la base des offres initiales sans mener de négociations.

A la réception des offres et après une première analyse, TEC Charleroi se réserve la possibilité d'inviter le candidat à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier.

Ensuite, le pouvoir adjudicateur invitera, si nécessaire, les candidats à présenter leur offre et éventuellement, d'explicitier de manière détaillée celle-ci.

A l'issue des négociations, chaque candidat remettra une seconde offre en tenant compte des points soulevés lors des entretiens de négociations sur base des éléments discutés et sur base des éventuelles modifications du cahier spécial des charges.

Accord-cadre avec un seul participant

Le présent marché sera conclu par accord-cadre avec un seul participant, tous les termes étant fixés dans ce cahier des charges".

Le cahier spécial des charges indique également que le "pouvoir adjudicateur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, déterminée sur la base du prix".

Par un courrier daté du 4 janvier 2018, la partie adverse a apporté les informations complémentaires suivantes :

" Dans le cadre du marché public susmentionné, certains candidats ont souhaité obtenir divers éclaircissements.

Afin d'assurer l'égalité de traitement de ceux-ci, je vous prie de trouver, l'ensemble des questions ainsi que les réponses y afférentes :

- Définition de la notion de commande individuelle : il s'agit de chaque commande passée dans le cadre du marché. Une commande pourrait porter sur un seul vêtement. Les commandes ne sont pas à adresser à l'agent concerné mais bien sur un de nos sites repris au cahier spécial des charges.
- Des campagnes annuelles de commandes sont-elles prévues ? Non. Aucune récurrence n'est prévue, les commandes seront établies en fonction des demandes des agents et pour maintenir un stock suffisant dans les tailles les plus courantes.
- Limite des pénalités spéciales de retard : Aucune limite n'est prévue. La pénalité est appliquée par commande et pour l'ensemble de la commande pour laquelle des articles ne seraient pas livrés dans les délais.
- Reprise de stock : Aucun stock n'est demandé en dehors du stock tampon prévu au point 3.1.4. Seul ce stock tampon pourra faire l'objet d'une reprise par le TEC Charleroi. Aucune reprise n'est prévue au niveau du stock de tissu qui aurait éventuellement été constitué par l'attributaire.
- Inventaires : un poste concerne les chemises ou pantalons des couleurs prévues au cahier spécial des charges. En effet, étant donné que nous attendons la même qualité, le prix remis pourrait a priori être le même quelle que soit la couleur, nous avons donc décidé de mettre un poste unique.

Nous vous rappelons également que le présent marché est passé par procédure négociée, le cahier spécial des charges pourrait donc faire l'objet de modifications.

Dès lors, si vous souhaitez pour la remise de votre offre émettre des remarques, je vous demanderais d'identifier celles-ci clairement dans un document récapitulatif accompagnant votre offre.

En fonction de l'analyse des remarques éventuellement reçues, TEC Charleroi jugera de la pertinence de celles-ci et de l'opportunité de les rendre applicables pour la remise des offres ultérieures".

La société privée à responsabilité limitée P.C.P. et la requérante ont déposé offre.

Par des courriers datés du 8 juin 2018, la partie adverse a invité ces deux soumissionnaires à déposer, pour le 29 juin 2018 au plus tard, une nouvelle offre en joignant une version amendée du cahier spécial des charges, un nouveau formulaire d'offre et un nouvel inventaire. Les modifications apportées au cahier spécial des charges concernent notamment les motifs d'exclusion et la sélection qualitative, les échantillons, les éléments faisant partie intégrante de l'offre, la présentation de l'offre, le délai de validité, la "modification au marché" et les exigences techniques.

La société privée à responsabilité limitée P.C.P. et la requérante ont déposé une nouvelle offre.

Par des courriers datés du 19 septembre 2018, la partie adverse a demandé à ces deux soumissionnaires de déposer leur BAFO avant le 2 octobre 2018 à 16 heures. Un nouveau cahier spécial des charges était joint à cette invitation. Les modifications apportées concernent notamment les motifs d'exclusion et la sélection qualitative, les échantillons, les éléments faisant partie intégrante de l'offre, la présentation de l'offre finale, la présentation des articles et les exigences techniques.

La société privée à responsabilité limitée P.C.P. et la requérante ont déposé leur BAFO.

Le rapport d'analyse des offres a conclu que les deux soumissionnaires sont sélectionnés, que les offres sont régulières et a proposé d'attribuer les deux lots à la société privée à responsabilité limitée P.C.P..

Au cours de sa séance du 19 novembre 2018, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé d'attribuer les deux lots à la société privée à responsabilité limitée P.C.P.. Cette attribution a été notifiée à ce soumissionnaire par un courrier daté du 23 novembre 2018. Un courrier daté du 20 novembre 2018 a informé la requérante que les deux lots du marché avaient été attribués à un autre soumissionnaire et que la décision motivée d'attribution pouvait lui être envoyée si

elle en formulait la demande par écrit dans les trente jours. Ce courrier lui a également été adressé par voie électronique le 23 novembre 2018.

Par un courrier daté du 26 novembre 2018, la requérante a demandé communication de la décision motivée d'attribution. La partie adverse a communiqué celle-ci par un courrier daté du 6 décembre 2018 ainsi que par un courrier électronique du même jour.

IV. Recevabilité de la demande en tant qu'elle est dirigée contre le deuxième acte attaqué

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer les lots du marché litigieux.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer ces lots à la requérante, la demande est irrecevable.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèses des parties

A. Demande de suspension

La requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 84 et 153, 3° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 29/1, §1^{er}, alinéa 1^{er}, 2° de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux

voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 41, 43, 44, et 74, §§1^{er}, 2 et 5 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux d'égalité et de non-discrimination et de transparence, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elle reproche à la partie adverse de ne pas avoir procédé à la vérification des prix, ni d'avoir motivé d'une quelconque manière sa décision à cet égard et constate qu'elle dispose d'un intérêt au moyen, car, en l'absence de vérification des prix, la partie adverse ne peut garantir que les offres reçues sont régulières au regard de leurs prix.

Après un rappel des articles 84 et 153, 3°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et des articles 41, 43 et 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, la requérante souligne qu'un pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier les prix proposés par les soumissionnaires et que cette obligation de vérification des prix est générale et s'applique quel que soit le mode de passation du marché. Elle souligne qu'"une fois cette vérification de prix effectuée, le pouvoir adjudicateur doit, en cas de prix anormalement bas (...), procéder à un examen plus avancé de la problématique, selon les modalités déterminées à l'article 44 de l'arrêté royal" et que la "motivation formelle de la décision d'attribution doit enfin faire ressortir que le tout a été effectué".

Elle expose qu'en l'espèce, la partie adverse "n'a pas vérifié les prix proposés par la P.C.P SPRL" et qu'elle n'a pas motivé l'acte attaqué formellement. Elle relève que l'acte attaqué "ne contient aucun élément qui attesterait de l'effectivité de la vérification des prix" et constate que la partie adverse ne pourrait valablement se fonder sur les tableaux relatifs à la régularité des offres dès lors qu'ils ne font nullement ressortir une vérification concrète et effective des prix. Elle note que la vérification des prix s'avérerait d'autant plus nécessaire en l'espèce que le seul critère d'attribution prévu est le prix.

La requérante soutient ensuite que si la partie adverse avait vérifié les prix, elle se serait aperçue du caractère anormalement bas des prix proposés par l'attributaire puisqu'une "simple comparaison des offres finales permet de constater une différence de prix de plus de 16% en ce qui concerne le lot n° 1 et de plus de 40 % en ce qui concerne le lot n°2". Elle précise que ce sont les prix de l'attributaire qui sont anormalement bas et souligne les éléments suivants :

- " - En ce qui concerne le lot n° 1, la requérante fabrique elle-même les chemises qu'elle met sur le marché, à la différence de la SPRL P.C.P. qui est grossiste et prend nécessairement une marge sur ses fabricants. Il n'est donc objectivement pas possible, en tenant compte de marges bénéficiaires minimales, qu'un concurrent puisse proposer des prix de 16% moins chers que la requérante. A titre d'exemple, la requérante joint les prix qu'elle a pratiqués pour un marché similaire. Il s'agissait de fournir des chemises à manches longues pour hommes et pour femmes au TEC Namur-Luxembourg. On peut y constater des prix unitaires en ligne avec les prix proposés dans son offre (pièce II.5). Il en va de même pour le marché concernant le TEC Hainaut (voir le prix pratiqué pour les chemises à manches courtes - pièce II.6) et pour le marché SPF justice (pièce II.7). Les prix pratiqués par la SPRL P.C.P sont manifestement anormalement bas par rapport au prix du marché.
- En ce qui concerne le lot n°2, la requérante joint les prix proposés par son sous-traitant spécialisé concernant les pantalons que souhaitait obtenir la partie adverse (pièce II. 4). Même en faisant une comparaison des prix de la SPRL P.C.P par rapport aux prix de ce sous-traitant, les prix de la SPRL P.C.P. restent nettement plus bas. Ceci permet, une nouvelle fois, de constater le caractère anormalement bas des prix proposés par la SPRL P.C.P. Il n'est pas possible que les prix de la SPRL P.C.P soient moins chers que ceux d'un fabricant".

B. Note d'observations

La partie adverse expose que la vérification des prix n'a révélé, en l'espèce, aucune anomalie ou difficulté et qu'il "n'y avait pas lieu d'interroger la sprl PCP sur le caractère prétendument anormal des prix qu'elle avait proposés, les prix étant par ailleurs dans l'ordre que ceux offerts par d'autres sociétés pour des fournitures similaires au sein du TEC Charleroi mais aussi au sein des autres TEC". Elle rappelle que selon l'article 44, § 6, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés dans les secteurs spéciaux, la "procédure d'examen des prix ou des coûts lorsque ceux-ci semblent anormalement bas ou élevés «n'est applicable à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, ni à la procédure négociée directe avec mise en concurrence préalable, ni à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable pour autant qu'il s'agisse d'un marché de fournitures ou services dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne ou d'un marché de travaux dont le montant estimé est inférieur à un million d'euros», «sauf disposition contraire dans les documents du marché»" et explique qu'il n'existe, en l'espèce, aucune disposition contraire dans les documents du marché.

V.2. *Appréciation du Conseil d'État*

L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, rendu applicable aux secteurs spéciaux par l'article 153, 3°, de cette même loi, prévoit ce qui suit :

" Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le Roi peut prévoir des exceptions à la vérification des prix ou des coûts pour les marchés fixés par Lui.

A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification".

Les articles 41 et 43 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux disposent comme suit :

- article 41 : " Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 42, l'entité adjudicatrice procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 43 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, elle procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 44",
- article 43 : " L'entité adjudicatrice soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, elle peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, lu en combinaison avec l'article 153, 3°, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires".

Le pouvoir adjudicateur a donc 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 du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires.

Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère apparemment anormal d'un prix et que ce n'est que lorsqu'à l'issue de la vérification qu'un prix lui paraît anormal, qu'il peut être tenu d'inviter, conformément à l'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité, 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. Le fait que l'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité ne soit, le cas échéant, pas applicable au marché concerné conformément au paragraphe 6 de cette disposition n'emporte aucune conséquence sur l'obligation de procéder à la vérification des prix prévue par les articles 84 de la loi du 17 juin 2016 précitée et 41 et 43 de l'arrêté royal du 18 juin 2017.

En l'espèce, il ne ressort d'aucun élément du dossier administratif tel qu'il a été déposé, 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.

Si la partie adverse expose, dans sa note d'observations, que la vérification des prix n'a révélé, en l'espèce, aucune anomalie ou difficulté, le dossier administratif ne contient aucun élément qui attesterait de l'effectivité de cette vérification des prix, et ce alors que, face à des écarts parfois importants entre le prix des offres (16% pour le lot 1 et 40 % pour le lot 2), 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 de la vérification des prix ne peut être établie à suffisance, de sorte que le deuxième moyen doit être déclaré sérieux.

VI. 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.

VII. Confidentialité

La partie adverse ne formule aucune demande de confidentialité.

La requérante demande que les pièces 1 à 7 de la partie confidentielle de son dossier soient déclarées confidentielles, car elle contiennent par nature des informations techniques et commerciales relevant du secret des affaires et que leur communication est "de nature à fausser la concurrence dans l'ensemble des marchés et contrats portant sur un objet similaire au présent marché". Les pièces 1 à 3 de cette partie confidentielle sont les offres de la requérante et correspondent aux pièces 4, 9 et 14 du dossier administratif.

Dès lors que cette demande de maintien de confidentialité n'a pas été contestée et que la divulgation des pièces sur lesquelles elle porte n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité. Il y a lieu, en outre, lieu d'étendre ce régime de confidentialité aux offres de la requérante telles qu'elles ont été déposées au dossier administratif (pièces 4, 9 et 14) ainsi que, pour les mêmes raisons, aux offres de la société privée à responsabilité limitée P.C.P. (pièces 3, 8 et 13 du dossier administratif) conformément

aux articles 26 et 33 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.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision du 19 novembre 2018 du conseil d'administration de la Société de Transport en commun de Charleroi, attribuant à la société privée à responsabilité limitée P.C.P. le lot n° 1 (chemises pour le personnel du TEC Charleroi) et le lot n° 2 (pantalons pour le personnel du TEC Charleroi) du marché intitulé "fourniture de chemises et pantalons d'uniforme" est ordonnée.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée pour le surplus.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces portant les numéros 3, 4, 8, 9, 13 et 14 du dossier administratif ainsi que les pièces 1 à 7 de la partie confidentielle du dossier de la requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour 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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le dix-sept janvier deux mille dix-neuf par :

M^{mes} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, président f.f.,
Katty LAUVAU, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Nathalie VAN LAER.