

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

A R R Ê T

n^o 243.496 du 24 janvier 2019

A. 227.156/VI-21.395

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

ayant élu domicile chez
M^{es} Kris LEMMENS, Mathieu THOMAS et
Melissa OLIVOTTO, avocats,
De Burburestraat 6-8
2000 Anvers,

contre :

la Région de Bruxelles-Capitale, représentée par son
Gouvernement,

ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT et
Anne-Sophie BOUVY, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 8 janvier 2019, la société anonyme MACQ sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la partie adverse de déclarer l'offre de la SA Macq irrégulière et, si tel est le cas, d'attribuer le marché à un tiers, notifiée par un courrier recommandé daté du 24 décembre 2018 (distribué le 27 décembre 2018)".

II. Procédure

Par une ordonnance du 10 janvier 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 22 janvier 2019 à 10 heures 30.

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. David DE ROY, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Mathieu THOMAS, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^{es} Bruno LOMBAERT et Anne-Sophie BOUVY, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Luc DONNAY, 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. Faits

1. Par une délibération du 14 décembre 2017, le Gouvernement de la partie adverse approuve notamment un cahier spécial des charges référencé BMB/DGE-DOB/2017.1166 et relatif à la "rénovation de la supervision de Mobiris et au changement des Gestions Techniques Centralisées des tunnels Belliard – Loi-2, Reyers C, Rogier, Louise-Stéphanie, Montgomery-Tervuren, Cinquantenaire, Bailli, Trône, Boileau et Vleurgat".

Des avis de marché et avis rectificatifs sont publiés au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne.

Le mode de passation choisi pour le marché litigieux est la procédure ouverte européenne. Aux termes du cahier spécial des charges, le marché doit être attribué au soumissionnaire qui aura déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, celle-ci devant être déterminée sur la base de deux critères d'attribution que sont le montant total de l'offre (50 points) et la qualité technique de l'offre au regard de la méthodologie et le planning proposé pour l'exécution du marché (50 points).

2. Selon l'acte attaqué, il est constaté, le 29 mars 2018, que six entreprises ont déposé une offre, dont la requérante et la société anonyme SIEMENS.

3. Estimant que le prix global et certains prix unitaires de l'offre de la requérante sont apparemment anormalement bas, celle-ci est invitée à justifier ces prix, par un courrier que 27 juin 2018 que lui adressent les services de la partie adverse. Il ressort de l'acte attaqué qu'à la même date, la société anonyme Siemens est également invitée à justifier le prix global et certains prix unitaires de son offre.

La requérante donne suite à cette invitation par un courrier du 5 juillet 2018 adressé aux services de la partie adverse.

4. Par une décision du 17 décembre 2018, le ministre du Gouvernement de la partie adverse, chargé de la Mobilité et des Travaux publics, attribue le marché litigieux à la société anonyme SIEMENS.

De cette décision qui constitue l'acte attaqué par le présent recours, il ressort que l'offre de la requérante a été déclarée irrégulière pour trois motifs, relatifs respectivement au prix global de cette offre, à certains de ses prix unitaires ainsi qu'à sa non-conformité à certaines exigences techniques définies par les documents du marché.

S'agissant du motif relatif au prix global de l'offre de la requérante, considéré comme étant anormalement bas, il est libellé comme suit:

" Quant au prix global

Il était demandé à la société Macq de fournir à la Région de Bruxelles-Capitale des justifications objectives susceptibles d'expliquer pourquoi, à l'aide d'éléments concrets (tels que l'explication du procédé de construction ou de la prestation de services, les solutions techniques choisies, etc.), le prix de leur offre était si bas.

A cet égard, la réponse apportée par Macq consiste à dire qu'elle bénéficie d'une parfaite connaissance des installations bruxelloises car elle est active sur le terrain depuis de nombreuses années, ce qui lui permettrait de proposer de tels prix.

Néanmoins, l'expérience de la société Macq, sa connaissance des installations techniques des tunnels et sa proximité géographique par rapport aux tunnels bruxellois ne peut justifier que le montant de son offre soit aussi bas. Il ne s'agit pas d'éléments objectifs permettant à la Région de Bruxelles-Capitale de comprendre d'où proviennent les prix proposés par le soumissionnaire et il est clair que la seule connaissance préalable du terrain ne suffit pas à justifier de tels écarts de prix par rapport aux autres soumissionnaires".

Par ailleurs, en conclusion de l'analyse de la réponse de la requérante à la demande de justification de prix qui lui avait été adressée, l'acte attaqué est libellé comme suit:

" Conclusion quant à la normalité des prix de l'offre de la société MACQ

Les justifications produites par la société Macq ne sont pas acceptables au regard des exigences du cahier spécial des charges. Elles ne rassurent pas sur le niveau de prix de l'offre et amènent la Région de Bruxelles-Capitale à conclure que les prix proposés sont effectivement anormaux. Les justifications apportées sont pour l'essentiel de nature subjective (connaissance de certains - seuls 6 sur 22 - tunnels

bruxellois), ce qui ne permet pas d'expliquer en quoi les prix sont si peu élevés. Au contraire, ces éléments d'explication confirment que les prix sont anormaux car ils ne peuvent être justifiés à l'aide de données objectives. Sur les postes ayant donné lieu à des questions quant à la normalité des prix, Macq expose qu'il a globalisé le prix des prestations entre postes et n'a pas veillé à adapter le prix de ces postes aux particularités de chaque tunnel.

La Région de Bruxelles-Capitale en conclut dès lors que l'offre de la société Macq est irrégulière en raison de l'anormalité des prix proposés".

5. Par un courrier du 24 décembre 2018, les motifs d'éviction de la requérante, extraits de l'acte attaqué, lui sont communiqués.

IV. Quatrième moyen

Il n'y a pas lieu d'examiner le quatrième moyen de la requête, puisqu'à l'audience la requérante a déclaré s'en désister.

V. Premier moyen

V.1. Requête

La requérante soulève un premier moyen, qu'elle présente comme suit:

" 1. Fondement juridique du moyen

Le premier moyen est pris de la violation de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 (plus particulièrement le 8°) 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 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de proportionnalité, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'erreur ou de l'inadéquation dans les motifs.

2. Développement du moyen : Ecartement de l'offre pour prix global anormal : la partie adverse ne démontre pas que le prix global de la requérante serait anormal et le motif de rejet de la justification fournie par la requérante est inadéquat ou erroné

Certes, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer quels prix lui semblent apparemment anormaux ou non et pour retenir ou ne pas retenir les justifications de prix fournies par un soumissionnaire.

Le Conseil d'Etat vérifie toutefois la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont motivé la décision de l'adjudicateur de considérer qu'un prix était apparemment anormal ou non et de retenir ou de ne pas retenir les justifications du soumissionnaire. Il censure une appréciation manifestement déraisonnable de l'adjudicateur à cet égard.

En l'espèce, la décision de considérer anormal le prix global est critiquable pour deux motifs.

Primo, la partie adverse ne démontre pas que le prix global de la requérante serait anormal.

La présomption de l'existence d'un prix anormalement bas découle généralement de divers éléments, à savoir le fait que le prix du soumissionnaire en question est largement inférieur :

- aux (à la moyenne des) prix unitaires proposés par les autres soumissionnaires (C.E., 224.797, 24 septembre 2013, ISS);
- à la valeur estimée du marché, pour autant que l'estimation soit réaliste (C.E., 238.195, 16 mai 2017, VZW Bodemkundige dienst van België);
- à une banque de données de prix personnelle (au pouvoir adjudicateur) ou aux informations du marché (C.E., 224.156, 27 juin 2013, Deme);
- aux prix de marchés antérieurs ou similaires;
- à une limite de prix préalablement fixée (C.E., 218.441, 13 mars 2012, SA Bouwbedrijf VMG-De Cock).

À aucun moment, les motifs notifiés ne mentionnent pas les prix remis par les autres soumissionnaires. Les documents du marché ne contiennent pas non plus une estimation du prix du marché. La décision attaquée ne se réfère à aucune moyenne ou à aucun précédent.

En outre, la réglementation des marchés publics prévoit, pour les marchés de travaux passés par procédure ouverte, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée sur la base du meilleur rapport qualité-prix lorsque le poids du critère relatif au prix représente au moins 50 % du poids total des critères d'attribution, un système particulier de contrôle des prix globaux.

Lorsqu'au moins quatre offres ont été déposées, le pouvoir adjudicateur doit calculer la moyenne des prix globaux des offres. Si le nombre d'offres est inférieur à sept, comme c'est le cas en l'espèce, il calcule la moyenne des prix en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée. Après avoir effectué ce calcul, le pouvoir adjudicateur doit, en appliquant les paragraphes 2 et 3 de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, interroger sur son prix total apparemment anormal tout soumissionnaire qui a remis une offre dont le montant total s'écarte d'au moins 15 % en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées.

La décision d'attribution n'indique pas qu'un tel calcul aurait été effectué, ce qui aurait permis de confirmer ou d'infirmer la position de la partie adverse qui a estimé que le prix global de la requérante était anormal. Elle n'indique pas non plus pour quelles raisons, si ce calcul a été fait et que le prix de la requérante ne s'écartait pas de plus de 15 % de la moyenne, elle a néanmoins décidé de rejeter l'offre pour prix global anormal.

La décision d'attribution ne démontre pas que le prix global de la requérante serait anormal.

Secundo, la partie adverse a rejeté la justification de prix fournie par la requérante : la connaissance des installations bruxelloises par la requérante qui est active sur le terrain depuis de nombreuses années.

La partie adverse ne conteste pas que la requérante dispose d'une telle expertise. La partie adverse ne conteste pas les éléments mis en évidence dans son courrier de justifications de prix :

- Nombreuses réalisations pour les tunnels bruxellois depuis plus de 30 ans, avec les attestations de bonne exécution (établies par la partie adverse ou VSE qui est l'entrepreneur principal);
- Parfaite connaissance des installations techniques en tunnel;
- Présence et connaissance approfondie du centre Mobiris
- Proximité de la société qui est implantée à Bruxelles, ce qui limite les frais de transport et de déplacement.

Ce que la partie adverse conteste, c'est que cette expertise ne pourrait pas en soi justifier les prix proposés parce qu'il ne s'agirait pas d'éléments «objectifs».

Or, le Conseil d'Etat a déjà admis que le fait qu'un entrepreneur connaît bien les installations pour y avoir travaillé est une justification valable des prix offerts (C.E., n° 242.229 dans l'affaire NV. Algemene ondernemingen Soetaert et NV. Jan De Nul c/ NV. Maatschappij van de Brugse Zeehaven, p. 18, dernier paragraphe).

La décision d'écarter l'offre de la requérante pour prix global anormal qui se fonde sur le rejet d'une justification qui est pourtant admissible est irrégulière.

Pour ces deux motifs, même pris séparément, la décision de rejeter l'offre de la requérante en raison de son prix global anormal est irrégulière".

V.2. *Appréciation du Conseil d'Etat*

Au titre du *Primo*, les développements du moyen imposent d'interpréter celui-ci en ce sens qu'il fait, en substance, grief à la partie adverse de n'avoir pas, s'agissant du prix global de l'offre déposée par la requérante, vérifié l'existence d'un prix anormalement bas au regard de données de référence, telle la moyenne des prix globaux des offres déposées, calculée conformément à la disposition de l'article 36, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, disposition dont la partie adverse aurait – toujours selon le moyen – dû faire application. A ce propos, il doit être relevé au regard des prix globaux des offres déposées par les différents soumissionnaires, auxquels la partie adverse se réfère dans sa note d'observations, sans être contestée par la requérante, que le prix global de l'offre de celle-ci est inférieur de bien plus de 15% à la moyenne des prix globaux de toutes les offres, telle que calculée conformément aux dispositions précitées. Il n'est donc pas possible d'apercevoir – particulièrement au terme d'un examen en extrême urgence – en quoi une prétendue méconnaissance, par la partie adverse, d'une obligation de vérification qui lui incombait, en application de l'article 36, §§ 2, 3 et 4, de l'arrêté royal précité, aurait pu léser la requérante. La critique formulée à ce propos est donc sans intérêt. Elle n'est pas plus sérieuse en ce que – *in fine* des développements du *Primo* – elle soutient, d'une part, que la décision attaquée ne mentionne pas que le calcul de la moyenne imposé par les dispositions précitées aurait bien été effectué et, d'autre part, qu'elle n'indique pas la raison pour laquelle l'offre de la requérante aurait été rejetée pour un prix global anormal, dans l'hypothèse où celui-ci ne se serait pas écarté de plus de 15 % de la moyenne prise en considération. S'agissant de la première de ces deux critiques, elle est contredite par une référence expresse que contient la décision attaquée à la procédure organisée par les dispositions précitées; c'est d'ailleurs parce que le calcul de la moyenne a été effectué que la partie adverse a conclu à la nécessité d'inviter tant la requérante que la société anonyme SIEMENS à justifier les prix globaux de leurs offres. La deuxième critique est, quant à elle, dénuée de pertinence au vu de l'importance de l'écart du prix global de l'offre de la requérante par rapport à la moyenne des prix globaux, cet écart étant sensiblement supérieur à 15%.

Au titre du *Secundo*, la requérante reproche, en substance, à la partie adverse de n'avoir pas admis comme justification du prix global de son offre son expérience particulière du contexte spécifique des tunnels bruxellois dans lequel s'inscrit le marché litigieux, alors qu'une justification de prix fondée sur une bonne connaissance des installations par un entrepreneur qui y a précédemment travaillé a

déjà été admise par le Conseil d'Etat. Certes, il ne peut, dans l'absolu, être exclu que puisse être invoquée, pour justifier le prix global d'une offre, l'expérience particulière dont un soumissionnaire se prévaut à l'égard tant des prestations relevant du marché public pour lequel il fait offre que du contexte dans lequel celui-ci s'inscrit. Encore faut-il toutefois qu'une telle expérience justifie à suffisance – et au regard des données du cas d'espèce – le prix effectivement proposé par le soumissionnaire pour le marché concerné, ce caractère suffisant de la justification étant soumis à l'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur, appréciation qu'il revient à l'instance de recours de censurer en cas d'erreur manifeste. En l'espèce, la partie adverse – loin de rejeter le principe d'une justification fondée sur l'expérience et la connaissance d'un soumissionnaire – s'est bornée à constater que celles dont se prévalait la requérante ne suffisait pas à justifier les écarts de prix relevés par rapport aux autres soumissionnaires. *Prima facie*, il n'apparaît pas que, ce faisant, la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation susceptible d'être censurée.

Il ressort des développements qui précèdent que le moyen ne peut être déclaré sérieux.

Dès lors que le motif de l'acte attaqué critiqué par le premier moyen suffit à justifier la décision de rejet de l'offre de la requérante, il n'y a pas lieu d'examiner les deuxième et troisième moyens, qui critiquent les deux autres motifs de cette décision et ne pourraient entraîner une suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

VI. Confidentialité

La partie adverse dépose un "dossier administratif confidentiel" qui contient un tableau de synthèse de comparaison des prix des offres (pièce 1), l'offre de la requérante (pièce 2) et le métré de celle-ci pour le poste 115 relatif à la cellule de coordination CCTE (pièce 2bis).

Dans le courant de la procédure d'extrême urgence, elle a également déposé à titre confidentiel le métré de l'attributaire, qu'elle identifie comme étant une pièce 3.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

VII. Dépens et indemnité de procédure

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

La requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces portant les références n°1, 2, 2bis, et 3 du "dossier administratif confidentiel" sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse, à charge de la partie requérante.

La contribution prévue à l'article 66, 6°, du règlement général de procédure, liquidée à la somme de 20 euros est mise à charge de la partie requérante.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont également mis à charge de la partie requérante.

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

M. David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
M ^{me} Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.