

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 247.577 du 18 mai 2020

A. 221.926/VI-21.005

En cause : **la société anonyme ROUSSEAUX,**
ayant élu domicile chez
M^e Gauthier ERVYN, avocat,
avenue de la Toison d'Or 77
1060 Bruxelles,

contre :

1. **la ville de Charleroi,**
ayant élu domicile chez
M^e Marc UYTENDAELE, avocat,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles,

2. **la société coopérative à responsabilité limitée
INTERCOMMUNALE POUR LA GESTION ET LA
RÉALISATION D'ÉTUDES TECHNIQUES ET
ÉCONOMIQUES**, en abrégé IGRETEC,
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean BOURTEMBOURG et
Cédric MOLITOR, avocats,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 7 avril 2017, la société anonyme (SA) Rousseaux demande l'annulation de « la décision prise en date du 29 décembre 2016 par le Collège communal de Charleroi, et portée à sa connaissance par lettre recommandée datée du 6 février 2017, reçue en ses bureaux le 8 février 2017 ».

II. Procédure

Les dossiers administratifs ont été déposés.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Laurent Jans, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 4 février 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 mars 2020.

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'État ont été acquittés.

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Gauthier Ervyn, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Patricia Minsier, *loco* M^e Marc Uyttendaele, avocat, comparaissant pour la première partie adverse et M^e Cédric Molitor, avocat, comparaissant pour la deuxième partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent Jans, premier auditeur, a été entendu en son avis.

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

1. Le 26 septembre 2016, le Conseil communal de la première partie adverse décide de lancer une procédure de passation d'un marché public de travaux portant sur l'amélioration et l'égouttage de la rue Appaumée à Ransart et la pose

d'une station de pompage, de choisir l'adjudication ouverte comme mode de passation et d'approuver les clauses et conditions du cahier spécial des charges.

Selon le cahier spécial des charges, les pouvoirs adjudicateurs sont la ville de Charleroi et la SCRL Igretec, qui ont désigné la ville de Charleroi comme autorité pour intervenir en leur nom collectif à l'attribution et à l'exécution du marché.

Le montant global estimé du marché est de 2.397.043,63 € HTVA.

Le seul critère d'attribution est le prix le plus bas.

2. L'avis de marché y relatif est publié au Bulletin des adjudications du 6 octobre 2016. Des avis rectificatifs sont publiés les 12 et 19 octobre 2017.

3. Le 4 novembre 2016, cinq offres sont reçues par la première partie adverse.

L'offre de la S.A. Rousseaux propose un prix de 2.112.604,33 €;

L'offre de la SPRL Tegec un prix de 1.972.894,40 €;

L'offre de la S.A. Kumpen un prix de 2.183.492,82 €

L'offre de la S.A. Sodraep un prix de 2.234.385,80 €;

L'offre de la S.A. Krinkels un prix de 2.261.889,96 €.

4. Par un courrier du 17 novembre 2016, la SPRL Tegec est interrogée au sujet des prix unitaires remis pour trois postes, qui « paraiss[ent] anormalement bas », à savoir les postes suivants :

- Poste 6 — D4430E — Démontage de revêtement de chaussées en pavés de pierre recouverts d'hydrocarboné, en vue d'une évacuation;
- Poste 8 — D5111E — Démolition sélective de revêtement de terre-plein, en pavés de pierre, en vue d'une évacuation;
- Poste 17— D6110E — Démolition sélective de bordures en pierre, en vue d'une évacuation.

Ce courrier précise ce qui suit :

« Votre justification ne peut en aucun cas se limiter à la mention du prix d'un sous-traitant et de vos frais généraux mais doit détailler tous les éléments du prix (fournitures, main d'œuvre, frais généraux, bénéfices, etc.) et avancer pour chaque prix anormal une justification conforme au prescrit de l'article 21, § 3, de l'AR du 15 juillet 2011 [...] ».

5. Par un courrier en réponse du 2 décembre 2016, la SPRL Tegec fournit des explications (pièce C du dossier confidentiel de la première partie adverse et pièce 1 du dossier administratif qualifié de « confidentiel » de la deuxième partie adverse).

6. Par un courrier du 6 décembre 2016, la SPRL Tegec est interrogée une seconde fois, dans les termes suivants :

« [...] nous avons bien reçu votre mail du 2 décembre dernier et avons pris connaissance des éléments détaillant les prix des postes suivants :

- Poste 6 — D4430E — Démontage de revêtement de chaussées en pavés de pierre recouverts d'hydrocarboné, en vue d'une évacuation;
- Poste 8 — D5111E — Démolition sélective de revêtement de terre-plein, en pavés de pierre, en vue d'une évacuation;
- Poste 17 — D6110E — Démolition sélective de bordures en pierre, en vue d'une évacuation.

Cependant, malgré vos précisions, nous estimons toujours que ces trois postes présentent des prix anormalement bas.

Dès lors, nous vous demandons de les justifier par des éléments probants, conformément à l'article 21, § 3, de l'AR du 15 juillet 2011 [...] ».

7. La SPRL Tegec apporte les précisions demandées le 14 décembre 2016 (pièce D du dossier confidentiel de la première partie adverse et pièce 1 du dossier administratif qualifié de « confidentiel » de la deuxième partie adverse).

8. Le 15 décembre 2016, les services de la deuxième partie adverse établissent le rapport d'analyse des offres. Celui-ci mentionne notamment ce qui suit, sous le point 6.4.2. « Vérification des prix unitaires » :

« Examen des offres :

Suite à une première analyse des offres, il est apparu nécessaire d'obtenir des indications complémentaires pour permettre la vérification des prix unitaires suivants

TEGEC SPRL

- Poste 6 — D4430E — Démontage de revêtement de chaussées en pavés de pierre recouverts d'hydrocarboné, en vue d'une évacuation;
- Poste 8 — D5111E — Démolition sélective de revêtement de terre-plein, en pavés de pierre, en vue d'une évacuation;
- Poste 17 — D6110E — Démolition sélective de bordures en pierre, en vue d'une évacuation.

Ainsi, conformément à l'article 21§1er de l'A.R. du 15 juillet 2011, le pouvoir adjudicateur a invité le soumissionnaire TEGEC SPRL, par courrier du 17 novembre 2016 à fournir les indications nécessaires à la vérification des prix des postes renseignés ci-dessus. (Voir copie du courrier en annexe).

Examen des réponses

TEGEC SPRL

Le soumissionnaire a transmis par courrier recommandé daté du 02/12/2016 et reçu le 06/12/2016 une description de ses prix. Jugeant qu'il manquait de justifications, le Pouvoir Adjudicateur a une nouvelle fois interrogé le soumissionnaire par courrier recommandé du 06/12/2016.

Par mail du 14/12/2016, le soumissionnaire fournit le détail de son prix, soit le coût du personnel, du matériel et des matériaux, ainsi que son rendement.

En outre, pour les postes n° 6, 8 et 17 TEGEC SPRL apporte des éléments de justification admissibles au regard de l'article 21§3 de l'AR du 15 juillet 2011: les sites de versage et de récupération des matériaux sont proches et le soumissionnaire réalise une économie dans ses transports, le soumissionnaire bénéficie aussi des réductions sur les prestations de son sous-traitant et de plusieurs aides publiques à l'emploi.

Conclusion

Le soumissionnaire a remis les justificatifs pour l'ensemble des postes sur lesquels celui-ci avait été interrogé. Le Pouvoir Adjudicateur estime disposer d'éléments suffisants lui permettant de justifier le caractère anormal des prix remis ».

En conclusion, l'auteur du rapport d'analyse des offres constate que celles-ci sont toutes régulières et recommande à la Ville de Charleroi d'attribuer le marché à la SPRL Tegec, laquelle a présenté l'offre régulière la moins-disante, au prix de 1.972.842,42 € HTVA.

Sont joints à ce rapport le « Rapport coordinateur sécurité » (annexe 1), les « lettres de demande des justificatifs des prix anormaux » (annexe 2), les « justificatifs des prix anormaux » (annexe 3) et le « comparatif des offres » (annexe 4).

9. Le 29 décembre 2016, le Collège communal de la première partie adverse décide d'approuver les conclusions du rapport d'analyse des offres, de considérer que ce rapport, joint en annexe, fait partie intégrante de la délibération et d'attribuer le marché à la SPRL Tegec.

Il s'agit de l'acte attaqué, lequel est motivé par référence au rapport d'analyse des offres.

10. Par un courrier daté du 6 février 2017, la délibération du Collège communal est communiquée à la partie requérante. Le rapport d'analyse des offres lui est transmis peu de temps après, à sa demande.

11. Par des courriers des 15 février et 1^{er} mars 2017, la partie requérante sollicite auprès de la première partie adverse, « pour éviter toute équivoque », « une copie des annexes de la société Tegec relative à la vérification des prix unitaires », c'est-à-dire les courriers par lesquels cette société a justifié les prix remis pour les postes 6, 8 et 17.

12. Par un courrier du 14 mars 2017, la première partie adverse lui répond qu'elle ne peut faire droit à cette demande « en vertu des articles 11 de la loi du 15 juin 2006 et 10 de la loi du 17 juin 2013 », au motif que la divulgation des informations sollicitées pourrait porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'une société ou pourrait nuire à une concurrence entre entreprises.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

La partie requérante soulève un moyen unique pris de la violation de :

- « [...] »
- la Constitution et, particulièrement, ses articles 32 et 33;
 - la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux (...);
 - 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 (...) et, particulièrement, ses articles 29, 4 al. 1^{er} 8° et 5 9°;
 - l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et, en particulier, son article 21;
 - loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et, particulièrement, ses articles 2 et 3;
 - le Cahier spécial des charges n° 05-52490;
- et de la violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité ainsi que de l'excès de pouvoir commis ».

Elle fait notamment valoir que la motivation du rapport d'analyse des offres, à laquelle se réfère l'acte attaqué, n'est ni adéquate, ni suffisante. Elle reproche aux parties adverses de ne pas expliquer concrètement et sérieusement en quoi les motifs de justifications avancés par la SPRL Tegec sont admissibles et pertinents au regard de l'article 21, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et, en particulier, en quoi les parties adverses ont pu considérer que les prix réduits obtenus du sous-traitant n'étaient pas anormalement bas. Elle expose que le soumissionnaire devait justifier le prix de son sous-traitant, lequel ne peut, lui-même, être anormalement bas et reproche au rapport de ne détailler aucunement cet élément.

Dans son mémoire en réponse, la première partie adverse se réfère à l'arrêt SA Priminfo, n° 238.300 du 23 mai 2017 pour affirmer qu'« en raison du caractère confidentiel de certaines données dont le pouvoir adjudicateur a connaissance, il est permis à ce dernier d'adopter une motivation en termes brefs, en demeurant allusif sur les raisons l'ayant amené à reconnaître la pertinence des explications apportées ». Selon elle, « il faut, mais il suffit, que la motivation laisse apparaître les raisons qui ont amené le pouvoir adjudicateur à conclure à la normalité des prix remis ». Elle estime qu'en l'espèce, la motivation du rapport d'analyse des offres permet de comprendre quels sont ces éléments. S'agissant, en particulier, du motif qui porte que le soumissionnaire bénéficie de réductions sur les prestations de son sous-traitant, la première partie adverse expose que le Conseil d'État constatera que la SPRL Tegec a bien pris soin de justifier les prix de son sous-traitant (pièce D de son dossier confidentiel).

Dans son mémoire en réponse, la deuxième partie adverse fait valoir que l'autorité n'est pas tenue de préciser, dans l'acte attaqué, les motifs de ses motifs et qu'il suffit que ceux-ci puissent se déduire du dossier administratif, sans erreur manifeste d'appréciation. Selon elle, le rapport d'analyse des offres exprime, en l'espèce, clairement les raisons pour lesquelles, à la lecture des explications apportées par la SPRL Tegec, les prix unitaires litigieux sont justifiés. Elle soutient que cette motivation n'est pas générale mais qu'elle tient compte des documents et explications complémentaires fournis par le soumissionnaire. Elle ajoute que les prix du sous-traitant ne sont pas les seuls à justifier les prix unitaires avantageux de ce soumissionnaire, rappelle qu'elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour estimer si des prix unitaires sont anormaux et que l'énumération visée à l'article 21, § 3, alinéa 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 constitue une lettre ouverte de justifications admises pour justifier un prix qui pourrait paraître anormal.

Dans son mémoire en réplique, la partie requérante n'ajoute rien à cet aspect de son grief.

Dans son dernier mémoire, la partie requérante fait notamment valoir que la SPRL Tegec devait justifier les prix de son sous-traitant de la même manière qu'elle devait justifier ses propres prix, alors que rien n'indique que cette société a fourni la composition des prix de son sous-traitant et les éléments permettant de justifier leur caractère bas. Elle ajoute que même si la SPRL Tegec a produit ces éléments, les parties adverses auraient « dû exposer formellement, par exemple dans le rapport d'analyse des offres, que Tegec avait effectivement fourni la composition

des prix de son sous-traitant, les éléments de justification, et que ceux-ci étaient admissibles et pertinents » et, dès lors, motiver, de manière formelle, adéquate et exhaustive, en quoi les prix du sous-traitant n'étaient pas eux-mêmes anormalement bas.

Dans son dernier mémoire, la première partie adverse ajoute que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation pour admettre, ou non, les justifications que les soumissionnaires donnent sur les prix qui semblent anormaux. Elle répète qu'en l'espèce, la SPRL Tegec a bien justifié les prix de son sous-traitant (pièce D de son dossier confidentiel) et que, s'agissant de données susceptibles de relever du secret des affaires, elle pouvait adopter « une motivation en termes brefs, en restant allusif sur les raisons l'ayant amené à reconnaître la pertinence des justifications apportées (C.E., n° 238.300 du 23 mai 2017, S.A. Priminfo) ».

Dans son dernier mémoire, la deuxième partie adverse confirme que la SPRL Tegec « a bel et bien justifié les prix de son sous-traitant ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

En termes de requête, le moyen, qui dénonce une méconnaissance de l'obligation de motivation formelle, reproche notamment aux parties adverses de ne pas expliquer en quoi les motifs de justifications avancés par la SPRL Tegec étaient admissibles. Or, selon ce que soutient la requérante aux points 17 et 18 de sa requête, l'obligation formelle impose notamment au pouvoir adjudicateur qui entérine les justifications de prix fournies par un soumissionnaire, de faire apparaître en quoi ces justifications étaient « de nature à lever les doutes qui sont apparus dans le chef du pouvoir adjudicateur et qui l'ont amené à demander des justifications ».

L'obligation de motivation formelle, à laquelle l'autorité est tenue, doit notamment permettre aux destinataires d'une décision de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à l'adopter, vérifier que celle-ci s'est livrée à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire et apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont ils peuvent disposer.

Lorsque le pouvoir adjudicateur juge nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier certains prix, la décision de ne pas considérer comme « anormalement bas » les prix de l'offre doit faire l'objet d'une motivation précise, faisant ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels le

pouvoir adjudicateur a fondé cette décision. Il en va d'autant plus ainsi que le pouvoir adjudicateur dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation, dont le corollaire est une obligation de motivation étendue.

En l'espèce, le rapport d'analyse des offres, que l'acte attaqué déclare faire sien, justifie les prix « paraissant anormalement bas » des postes 6, 8 et 17 du métré en mentionnant trois éléments qu'a fait valoir la société Tegec : (1) les sites de versage et de récupération des matériaux sont proches et le soumissionnaire réalise une économie dans ses transports, (2) le soumissionnaire bénéficie aussi des réductions sur les prestations de son sous-traitant et (3) de plusieurs aides publiques à l'emploi.

Sans doute, ne peut-il être reproché à cette motivation de ne pas rendre compte de toutes les précisions que contenaient les explications données par la société Tegec, si certaines d'entre elles pouvaient relever du secret des affaires et bénéficier, à ce titre, de la confidentialité.

Force est toutefois de constater que cette motivation se borne à faire état des seules justifications apportées par la société Tegec et que la première partie adverse fait siennes, mais ne permet pas de comprendre les éléments qui dans cette justification ont précisément déterminé la première partie adverse à décider que les prix proposés étaient admissibles en dépit de leur apparente anormalité.

Ainsi, la référence que le rapport d'analyse des offres fait à la justification relative aux « réductions sur les prestations [du] sous-traitant », sans apporter aucune précision sur les éléments permettant au sous-traitant d'offrir de telles réductions, ne permet pas de comprendre la raison pour laquelle certains prix de la SPRL Tegec qui apparaissaient anormalement bas sont finalement tenus pour normaux. Exiger davantage de précisions quant à ces réductions ne revient pas à obliger l'autorité à expliciter les motifs des motifs de sa décision mais à exposer les éléments essentiels qui permettent de saisir les raisons qui ont justifié son adoption. Par ailleurs, les parties adverses pouvaient résumer la teneur des explications fournies par la SPRL Tegec, sans devoir divulguer les données spécifiques relevant, le cas échéant, du secret des affaires.

À défaut de connaître plus précisément les raisons qui ont conduit à décider de la normalité des prix proposés par SPRL Tegec, la partie requérante n'a pas été mise en mesure d'apprécier, dans la perspective de l'exercice d'un éventuel

recours, si les parties adverses ont pu méconnaître les principes et dispositions applicables en l'espèce.

Ce faisant, la première partie adverse n'a pas satisfait à l'obligation de motivation formelle qui lui incombait en adoptant l'acte attaqué.

Dans cette mesure, le moyen unique est fondé.

V. Confidentialité

La partie requérante demande l'accès aux annexes 3 et 4 du rapport d'analyse des offres. Il s'agit des deux courriers de justifications de la SPR. Tegec et du document dénommé « comparatif des offres », c'est-à-dire des pièces C et D du dossier confidentiel de la première partie adverse et d'une partie de la pièce 1 du dossier administratif qualifié de « confidentiel » de la deuxième partie adverse.

Dans son mémoire en réponse, la première partie adverse sollicite, sur pied des articles 10 et 26 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, que les offres déposées par les soumissionnaires demeurent confidentielles (pièces A et B de son dossier confidentiel). Elle demande, en outre, de maintenir la confidentialité des courriers des 2 décembre 2016 et 14 décembre 2016 par lesquels la SPRL Tegec a justifié les prix remis pour trois postes (pièces C et D de son dossier confidentiel).

Dans son mémoire en réponse, la deuxième partie adverse demande que les annexes au rapport d'analyse des offres ne soient pas communiquées à la partie requérante (pièce 1 du dossier administratif qualifié de « confidentiel » de la deuxième partie adverse).

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'Etat et que les pièces concernées sont renvoyées aux parties adverses, les demandes de levée ou maintien de la confidentialité sont devenues sans objet.

X. Indemnité de procédure

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

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

Article 1^{er}.

Est annulée la décision prise en date du 29 décembre 2016 par le Collège communal de Charleroi, approuvant les conclusions du rapport d'analyse des offres, considérant que ce rapport, joint en annexe, fait partie intégrante de la délibération et attribuant le marché à la SPRL Tegec.

Article 2.

Les parties adverses supportent les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, à concurrence de 100 euros chacune, et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie requérante, à concurrence de 350 euros chacune.

Ainsi prononcé en audience publique de la VI^e chambre, le 18 mai 2020
par :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Florence Piret,
Katty Lauvau,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty Lauvau

Imre Kovalovszky