

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 259.159 du 18 mars 2024

A. 241.299/VI-22.768

En cause : **la société à responsabilité limitée ATELIER JORDENS,**
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Gauthier ERVYN et
 Hasmik ISSO, avocats,
 avenue Herrmann Debroux 40
 1160 Bruxelles,

contre :

la Société régionale du Port de Bruxelles,
 ayant élu domicile chez
 M^e Charles-Henri de LA VALLÉE POUSSIN, avocat,
 chaussée de Charleroi 112
 1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 21 février 2024, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du Port de Bruxelles, qui attribue le marché public "CSC 1445 – Accord-cadre de travaux : Maintenance du bâti et entretien des parachèvements des bâtiments du Port de Bruxelles" à l'entreprise IN ADVANCE et classe l'offre de la requérante en 2^e position ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 26 février 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 12 mars 2024.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M. Xavier Close, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Gauthier Ervyn et Hasmik Isso, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Charles-Henri de La Vallée Poussin, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Esther Rombaux, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis contraire.

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 utiles à l'examen de la demande

1. Le 30 juin 2023, le conseil d'administration de la partie adverse décide de lancer une procédure négociée directe avec mise en concurrence préalable visant à l'attribution d'un accord-cadre « tous travaux : maintenance du bâti et entretien des parachèvements des différents bâtiments et terrains du Port de Bruxelles ».

Le rapport présenté au conseil d'administration justifie la nécessité d'un tel marché par le fait que la direction technique du Port « est fortement sollicitée pour répondre à des demandes ponctuelles techniques, ce qui nécessite la mise en place de nombreux marchés et appels d'offres ».

L'intention est dès lors de « rationaliser le travail des équipes et d'avoir un accord-cadre permettant de réaliser les interventions demandées sur le domaine portuaire, ainsi que de pallier les éventuelles urgences ou risques (tempête, incendie, ...) ».

2. L'article 2.1.1 du cahier des charges CSC 1445, approuvé par le conseil d'administration de la partie adverse, précise ce qui suit quant à l'objet du marché :

« Le présent marché a pour objet la maintenance du bâti et l'entretien des parachèvements des bâtiments du Port de Bruxelles.

Les prestations qui seront demandées peuvent être de diverses natures : travaux de démolition, entretien de l'égouttage, entretien des structures extérieures et intérieures, entretien des éléments verticaux et horizontaux, réparation de

parachèvement extérieurs et intérieurs, fourniture et pose d'éléments de parachèvement intérieurs tels que cloisons légères, menuiseries, revêtements de sol, *etc...*

A l'initiative du pouvoir adjudicateur, certaines prestations de maintenance préventive annuelle ou bisannuelle peuvent être demandées, à savoir notamment : le curage de caniveaux, le curage de chambres de visite et de tuyaux d'égouttage, le curage de rigoles d'évacuation des infiltrations des murs emboués, le curage du réseau de drainage, l'inspection avec intervention si nécessaire de la toiture, l'inspection avec intervention si nécessaire des structures métalliques portantes intérieures et extérieures, l'inspection des menuiseries métalliques extérieures et intérieures, *etc...*

Le marché de travaux a été élaboré selon la nature du bâti existant pour pouvoir organiser le bon entretien de celui-ci ; le prestataire notera que les techniques suivantes n'ont pas été intégrées au cahier spécial des charges (liste non exhaustive) : l'entretien des plantations, l'asphaltage, les techniques spéciales en général (adduction d'eau, appareils et évacuations sanitaires, ascenseurs, ponts roulants, barrières automatiques, portes sectionnelles, volets, portes coulissantes motorisées, courants forts et faibles, HVAC, *etc...*).

Le présent marché est donc un marché mixte (services et travaux) et le pouvoir adjudicateur a opté pour l'appellation « marché de travaux » eu égard à la composante "travaux" attendue qu'il estime prépondérante en nombre d'interventions et en valeur globale de ces dernières ».

L'article 2.8.1. du cahier des charges prévoit qu'il s'agit d'un marché à bordereau de prix, pour lequel les soumissionnaires sont invités à compléter un « inventaire récapitulatif », à joindre à leur offre. Il est précisé à cet égard que « seuls les prix unitaires sont forfaitaires » et que « les quantités reprises dans le bordereau sont présumées et n'engagement pas le pouvoir adjudicateur ».

Le cahier des charges énonce par ailleurs, en son article 3.7, que « l'accord-cadre est conclu pour une durée de 1 an reconductible tacitement par période d'un an, pour un total de 7 reconductions maximum. », et en son article 2.1.2, que la valeur maximale de l'accord-cadre, sur sa durée maximale de 8 ans, est de 3.000.000 euros HTVA.

L'article 2.7 du cahier des charges prévoit enfin que le seul critère d'attribution est le prix.

3. Lors de l'ouverture des offres, le 15 septembre 2023, il est constaté que la requérante a déposé une offre, de même que deux autres soumissionnaires, les sociétés IN ADVANCE et RENOTEC.

4. A l'issue de la comparaison des offres, les services de la partie adverse établissent un rapport – semble-t-il erronément daté du 23 octobre 2023 – à

l'attention du conseil d'administration préconisant l'attribution du marché à IN ADVANCE.

L'offre de la requérante est quant à elle classée en deuxième position.

5. Le 20 octobre 2023, le conseil d'administration « fait sien le contenu du rapport » et sur base de ses motifs, marque son accord « pour attribuer le marché CSC 1445 « Tous Travaux » à l'entreprise IN ADVANCE ».

Lors de la même délibération, le conseil d'administration accorde le mandat suivant aux fonctionnaires dirigeants :

« Le conseil d'administration : [...] mandate, en cas de recours contre la présente décision, les fonctionnaires dirigeants afin de prolonger l'actuel marché et, si nécessaire, de procéder au relancement (en ce compris l'éventuel retrait d'acte et décision de non-attribution) et à l'attribution du marché purgé des éventuels vices identifiés à l'occasion dudit recours. Le cas échéant, les fonctionnaires dirigeants transmettront toutes les informations au Conseil d'administration lors de la première séance suivant la conclusion du marché ».

6. Par courrier recommandé et courriel du 17 novembre 2023, la partie adverse informe la requérante de ce que l'accord-cadre ne lui a pas été attribué.

7. Par courriel du 20 novembre 2023, la requérante sollicite la copie de la décision motivée d'attribution.

Par courriel du même jour, la partie adverse envoie à la requérante le « rapport au conseil d'administration », approuvé par ce dernier.

Le 30 novembre 2023, la requérante adresse un courriel à la partie adverse pour accuser « bonne réception [du] courrier du 23 octobre 2023 » et pour souligner que le « rapport d'analyse n'y figure pas ».

8. Le 30 novembre 2023, la partie adverse adresse un courrier recommandé et un courriel à la requérante dans lequel elle explique les corrections apportées aux offres « pour les ramener à une base de comparaison pertinente ». La partie adverse énonce par ailleurs avoir procédé à une vérification des prix et avoir suffisamment motivé sa décision en la forme à cet égard.

9. Le 1^{er} décembre 2023, le conseil de la requérante avertit la partie adverse du dépôt auprès du Conseil d'État d'un recours en suspension d'extrême

urgence contre la décision d'attribution (enrôlé sous le numéro G/A 240.639/VI-22.695).

10. A la suite de l'introduction de ce recours, les fonctionnaires dirigeants de la partie adverse décident, le 12 décembre 2023, de retirer la décision attaquée.

La décision de retrait est communiquée à la requérante et aux autres soumissionnaires par courriers recommandés du 20 décembre 2023 et par courriels.

11. Le 22 décembre 2023, la partie adverse communique par courriel et par courrier recommandé à la requérante et à la société RENOTEC l'information que leurs offres n'ont pas été retenues.

La requérante sollicite par courriel du même jour la copie de la nouvelle décision d'attribution du marché.

12. Par courriel du 3 janvier 2024, la partie adverse transmet à la requérante la copie de la décision motivée d'attribution.

13. La requérante introduit, le 18 janvier 2024, un recours en suspension d'extrême urgence contre cette nouvelle décision (enrôlé sous le numéro de rôle G/A 240.972/VI-22.728).

14. A la suite de l'introduction de ce recours, la partie adverse décide, le 1^{er} février 2024, de retirer l'acte attaqué et d'adopter une nouvelle décision d'attribution du marché à la société IN ADVANCE.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Cette décision est communiquée à la requérante et aux autres soumissionnaires par courriers recommandés datés du 5 février 2024 et par courriels envoyés le 6 février 2024.

IV. Troisième moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen, le troisième de sa requête, pris de de la violation « de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; des articles 41, 44 et 74 de l'Arrêté royal du 18 juin 2016 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux ; de la loi du 29 juillet 1991 "relative à la motivation formelle des actes administratifs" ; de l'article 29/1 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 ».

Elle résume son moyen comme suit :

« Dans son troisième moyen, la requérante critique le fait que ni la décision attaquée, ni le dossier administratif ne contiennent de trace d'une vérification effective et concrète des prix, au regard des circonstances particulières du marché résultant notamment de l'erreur dans l'établissement des postes du métré.

Cette obligation de vérification et contrôle des prix est renforcée par le fait que les marchés de travaux sont des "marchés sensibles à la fraude" et que la Belgique connaît actuellement une récession économique sur le marché immobilier et celui des travaux publics.

De plus, selon la requérante, l'offre de prix du soumissionnaire 1^{er} classé, contient nécessairement des prix unitaires anormalement bas, au regard de l'écart trop important qui existe entre son prix global et ceux des deux autres soumissionnaires, et l'offre de la première classée étant irrégulière, la requérante aurait dû se voir attribuer le marché ».

À l'audience du 12 mars 2024, la requérante a aussi relevé, dans la note d'observations de la partie adverse, que celle-ci s'était limitée, s'agissant du contrôle des prix unitaires, à vérifier les postes dont le prix total moyen, calculé sur la base des trois offres reçues, représentait plus de 3% de la moyenne des prix globaux des offres déposées. Selon la partie requérante, un tel contrôle ne correspond pas à un contrôle effectif et *in concreto* des prix unitaires. Sur la base de l'estimation qu'elle peut réaliser sans avoir accès aux pièces confidentielles du dossier administratif, elle relève que sur les 292 postes du métré (selon son décompte), un maximum de 10 % des postes du métré a dû faire l'objet d'un contrôle. Elle souligne à cet égard que si elle devait appliquer le critère choisi par la partie adverse à sa propre offre, seuls 2 postes seraient en réalité contrôlés. Un contrôle des prix à ce point sommaire

n'aboutit pas, selon elle, à protéger une concurrence saine dans un secteur sujet à la fraude.

B. Thèse de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse estime, en substance, qu'elle a concrètement procédé à la vérification des prix globaux et unitaires, et que cette vérification ressort très clairement du dossier administratif.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la recevabilité des arguments évoqués à l'audience

Les arguments soulevés à l'audience par la partie requérante au sujet du troisième moyen n'ont pu être formulés qu'à la suite de la prise de connaissance de la note d'observations de la partie adverse, exposant le raisonnement tenu lors de la vérification des prix.

La partie requérante s'est à cet égard limitée à étayer, avec les informations factuelles nouvelles obtenues à l'occasion de la présente procédure, l'affirmation déjà contenue dans la requête selon laquelle la partie adverse n'avait pas effectivement et concrètement vérifié les prix.

Ces arguments ne constituent donc pas un moyen, ni même un grief nouveau. Ils n'ont du reste pas impliqué l'invocation de dispositions légales ou réglementaires autres que celles déjà mentionnées dans la requête.

La partie adverse a par ailleurs eu l'occasion de répondre à ces arguments à l'audience, de sorte qu'il ne peut être considéré que ses droits de la défense ont été violés.

Les arguments exposés à l'audience à l'appui du troisième moyen sont dès lors recevables.

B. Quant au fond

Aux termes de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

« 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. À sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification. ».

L'article 43 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux est quant à lui rédigé comme suit :

« 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 ».

L'objectif du contrôle des prix est double : d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que les prix proposés garantissent une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires et exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics ; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements qui y sont contraires et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence.

Conformément aux dispositions précitées, l'entité adjudicatrice a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix. Elle ne peut en aucun cas s'en abstenir. S'il peut être admis qu'une entité adjudicatrice n'est pas tenue d'indiquer dans la motivation de sa décision 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'elle a bien procédé concrètement à la vérification des prix.

Lorsque l'entité adjudicatrice, à l'issue de la vérification des prix, considère certains prix comme apparemment anormaux, l'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité lui impose, en ces termes, de procéder à un examen des prix :

« Art. 44. § 1^{er}. Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 43, l'entité adjudicatrice procède à un examen de ces derniers.

§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, l'entité adjudicatrice invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long.

[...]

L'entité adjudicatrice n'est toutefois pas tenue de demander des justifications des prix de postes négligeables ».

Cette seconde phase du contrôle des prix implique qu'en présence de prix apparemment anormaux, l'entité adjudicatrice doit inviter le soumissionnaire à les justifier par écrit. Si elle n'est pas tenue de l'y inviter en raison de ce que les postes concernés sont jugées négligeables, elle ne peut toutefois se dispenser d'une vérification des prix offerts pour ces postes.

En l'espèce, la partie adverse dépose au dossier administratif, à titre confidentiel, un fichier Excel utilisé lors de la vérification des prix, dans lequel elle a reporté, poste par poste, l'ensemble des prix unitaires des trois soumissionnaires. Cette pièce comporte les mentions suivantes, expliquant la logique suivie par la partie adverse lors du contrôle des prix :

Vérification des prix globaux		
Pourcentages d'écart par rapport à la moyenne des prix globaux à partir desquels le prix de l'offre est considéré comme suspect d'anormalité	15% à la baisse	50% à la hausse
Moyenne des offre reçues	967 957,48 €	
Ecarts		

Vérification des prix unitaires		
Poste négligeable si moyenne des prix remis pour le poste concerné représente moins de 3% de la moyenne des prix globaux des offres reçues		
Pourcentages d'écart par rapport à la moyenne des prix remis pour le poste concerné, à partir duquel le prix à analyser est considéré comme suspect d'anormalité	15% à la baisse	50% à la hausse

Au sujet de la vérification des prix unitaires, il est d'abord mentionné qu'un poste a été considéré comme négligeable par la partie adverse lorsque « [la] moyenne des prix remis pour le poste concerné représent[ait] moins de 3% de la moyenne des prix globaux des offres reçues ». Il est ensuite précisé qu'un poste a été suspecté d'anormalité s'il était de 15 % inférieur ou de 50 % supérieur « à la moyenne des prix remis pour le poste concerné ».

Prima facie, il se comprend à la lecture du fichier Excel que la partie adverse a effectivement d'abord identifié les postes qu'elle a considérés comme non-

négligeables, parce qu'ils représentaient 3 % au moins de la moyenne des prix globaux des offres reçues. À l'issue de cette sélection, seuls trois postes sur 292 (selon le relevé fait par la partie requérante) ont été retenus. La partie adverse a ensuite appliqué à ces trois seuls postes l'indicateur d'apparence d'anormalité choisi par elle, consistant en un écart de 15 % à la baisse ou de 50 % à la hausse du poste concerné par rapport à « la moyenne des prix remis » pour ce poste.

La lecture de ce fichier ne permet donc pas de constater que la partie adverse aurait procédé à une vérification effective, par application de l'indicateur d'apparence d'anormalité, des prix unitaires offerts pour des postes considérés comme négligeables.

La note d'observation semble d'ailleurs confirmer comme suit qu'il s'agit bien de la logique qui a été suivie lors de la vérification des prix :

« 56. Pour ce qui concerne les prix unitaires, la partie adverse a tout d'abord considéré comme négligeables – et exclu de la vérification – les postes dont le prix total moyen, calculé sur la base des trois offres reçues, représentait moins de 3% de la moyenne des prix globaux desdites offres (967.957,48 EUR). Parmi les postes non négligeables, elle a considéré comme suspect d'anormalité le prix total d'un poste qui s'écartait de plus de 15% à la baisse ou de 30% [lire : 50%] à la hausse de la moyenne des prix totaux remis par les 3 soumissionnaires pour le poste concerné. Sur cette base, un seul prix a été jugé suspect d'anormalité. Il s'agit du prix remis par le soumissionnaire RENOTEC pour le poste « 4.7.3.1. Murs et/ou plafonds distincts de ceux des sas ascenseurs ». Le soumissionnaire n'a toutefois pas été invité à justifier son prix, dès lors qu'il était de toute manière l'auteur de l'offre la plus onéreuse et qu'il ne pouvait ainsi pas se voir attribuer le Marché ».

Il ressort de ce qui précède que la partie adverse a d'abord déterminé et appliqué un critère pour identifier les postes à son estime non-négligeables en fonction de leur montant, et qu'elle n'a effectué une vérification des prix que sur les postes ainsi sélectionnés. Elle reconnaît d'ailleurs expressément avoir « exclu de la vérification tous les prix offerts pour des postes considérés comme négligeables ». Ce faisant, elle s'est abstenue d'effectuer une vérification des prix sur plus de 99 % des prix unitaires du marché.

Cette manière de procéder ne peut être admise au regard de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 et de l'article 43 de l'arrêté royal du 18 juin 2017, qui imposent aux entités adjudicatrices de vérifier les prix d'une offre, c'est-à-dire de notamment vérifier l'ensemble de ses prix unitaires.

Le troisième moyen est sérieux.

V. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VI. Confidentialité

La requérante sollicite que les extraits de son offre, qu'elle dépose en pièces A.1. et A.2. de son dossier, soient maintenus confidentiels. Elle demande également le maintien de la confidentialité de son offre dans le dossier administratif déposé par la partie adverse.

La partie adverse réclame quant à elle la confidentialité des pièces du dossier administratif déposées sur la plateforme e-Proadmin qui sont marquées « confidentielles ». Il s'agit des pièces 10, 11, 12, 14 et 21 du dossier administratif.

Ces demandes respectives n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision du Port de Bruxelles, adoptée le 1^{er} février 2024, qui attribue le marché public « CSC 1445 – Accord-cadre de travaux : Maintenance du bâti et entretien des parachèvements des bâtiments du Port de Bruxelles » à l'entreprise IN ADVANCE et classe l'offre de la requérante en 2^e position est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A.1. et A.2. du dossier de la requérante, ainsi que les pièces 10, 11, 12, 14 et 21 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 18 mars 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Xavier Close,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
--------------	---------------

Vincent Durieux	Xavier Close
-----------------	--------------