

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

A R R Ê T

n° 226.618 du 6 mars 2014

211.444/VI-20.136

En cause :

1. la s.a. BETONAC,

2. la s.a. GALERE,

ayant élu domicile chez
Mes A. DELVAUX et R. SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe 60
1200 Bruxelles,

contre :

la Région de Bruxelles-Capitale,

ayant élu domicile chez
Mes Br. LOMBAERT et N. FRANÇOIS, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

LE PRÉSIDENT F.F. DE LA XV^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ,

Vu la requête introduite le 24 janvier 2014 par la s.a. BETONAC et la s.a. GALERE, qui tend à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de «la décision du 6 décembre 2013 prise par la Région de Bruxelles-Capitale par laquelle elle déclare irrégulière l'offre qu'elles ont déposée, dans le cadre du marché public de travaux portant sur la rénovation complète du tablier du viaduc 33 et du pont 30 situés sur la territoire de la Région de Bruxelles-Capitale, régi par le cahier spécial des charges BMB/DGE-DBO/2011-0259, et par laquelle elle attribue le marché à la société momentanée NUTONS-WANTY»;

Vu l'ordonnance du 27 janvier 2014 notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 27 février 2014 à 10 heures;

Vu le dossier administratif et la note d'observations;

Entendu, en son rapport, M. I. KOVALOVSKY, président de chambre
f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me R. SIMAR, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et Mes Br. LOMBAERT et N. FRANÇOIS, avocats, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, Mme N. VAN LAER, auditeur au Conseil d'État;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit:

Un avis de marché relatif à la rénovation complète du tablier du viaduc 33 et du pont 30, situés sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale, est publié au *Bulletin des Adjudications* du 14 juin 2013 ainsi qu'au *Journal officiel de l'Union européenne* du 19 juin 2013. Il s'agit d'un marché par adjudication publique.

Le cahier spécial des charges contient des prescriptions techniques relatives au joint de dilatation devant être utilisé dans le cadre de ce marché.

Dans le métré récapitulatif, le poste relatif au joint de dilatation est libellé comme suit:

122.		<p>Fourniture et pose d'un joint de dilatation et toutes autres sujétions, y compris le raccord aux joints existants dans la voirie.</p> <p>Le nouveau joint devra être approuvé par le bureau de contrôle.</p> <p>La capacité de dilatation est de 80 mm minimum.</p> <p>[...]</p>
------	--	---

Un avis de marché rectificatif publié au *Bulletin des Adjudications* le 10 juillet 2013 porte ce qui suit à propos du poste 122:

«Lire dans le métré du poste 122:

"Fourniture et pose d'un joint de dilatation sinusoïdal" à la place de "Fourniture et pose d'un joint de dilatation"».

L'ouverture des offres a lieu le 13 août 2013. Les six offres suivantes sont déposées:

Soumissionnaires	Prix proclamés € TVAC	Prix corrigés € TVAC
T.H.V. RENOTEC NV - 2400 GEEL - VIABUILD NV 2800 - MECHELEN	8.409.049,44	8.409.049,44
S.M. BETONAC - 3800 SINT- TRUIDEN - GALERE - 4053 CHAUDFONTAINE	9.116.186,36	9.116.186,37
FRANKI SA - FLEMALLE	9.307.412,58	9.307.412,59
NV WEGEBO - 1800 VILVOORDE	9.772.352,96	9.772.352,96
S.M. NUTONS - 5030 GEMBLOUX - WANTY - 7134 BINCHE	10.236.557,72	10.236.557,72
NV DECKX - 2480 DESSEL	5.447.377,00	10.894.753,99

La partie adverse expose qu'elle a interrogé les différents soumissionnaires au sujet de la normalité de leurs prix pour différents postes, qu'il est apparu que l'offre du soumissionnaire classé premier était irrégulière et qu'après avoir examiné le prix de l'offre suivante, à savoir celle de la société momentanée Betonac-Galère, il lui est apparu utile de demander des précisions à cette dernière.

Ainsi, par un courrier recommandé du 16 septembre 2013, la partie adverse demande à ladite société momentanée de lui fournir «toutes indications» permettant de vérifier les prix offerts pour les postes 115 («Fourniture d'un système d'étanchéité en polyurée réactive bicomposant, selon l'A, A,4») et 122 («Fourniture et pose d'un joint de dilatation»).

La société momentanée Betonac-Galère répond le 27 septembre. S'agissant du poste 122, elle fait référence au prix du fournisseur Emotec pour la pose de joints de dilatation lors de deux marchés publics exécutés en 2012, à savoir le marché de Kraainem et celui de l'E42 et y applique une formule de révision. Les joints pris en considération sont, pour le premier, le «Maurer D80XW1» et, pour le second, le «Maurer D110BXW2».

Par un nouveau courrier, daté du 10 octobre, la partie adverse demande à la société momentanée «des plus amples précisions quant à la détermination du prix pour le poste 122 [...] éventuellement justifié par une offre [du] sous-traitant spécifique à l'adjudication». Elle ajoute qu'elle souhaiterait obtenir «un complément d'informations techniques concernant les joints de dilatation mis en œuvre sur les chantiers du viaduc de Kraainem et de la E42 et leur conformité avec les prescriptions techniques reprises au cahier spécial des charges».

La société momentanée répond par un courrier du 17 octobre en précisant que le prix du sous-traitant Emotec est «un prix estimatif qui est basé sur deux commandes récentes: D'une part Betonac sur le chantier du viaduc de Kraainem et d'autre part Galère sur le chantier de E42» et que les «deux prix de commande ont été augmentés avec la formule de révision du CSC». Une «note importante» énonce ce qui suit:

« Le prix tient compte d'un joint de dilatation sinusoïdal qui s'étale sur toute la longueur du joint, y compris les trottoirs. Nous vous signalons que d'après nous le joint Maurer WX1 est le seul joint sinusoïdal qui est conforme aux exigences du cahier des charges. Les travaux de fourniture et de montage du joint de dilatation Maurer XW1 seront confiés au sous-traitant Emotec».

À ce courrier sont jointes notamment les factures d'Emotec pour le viaduc de Kraainem et pour le chantier de l'E42.

Le 6 décembre 2013, la partie adverse décide d'attribuer le marché à la société momentanée Nutons-Wanty. Il s'agit de l'acte attaqué, qui est motivé notamment comme suit:

« [...]

4.2. IRRÉGULARITÉ DE L'OFFRE DE BETONAC-GALERE

Vu les articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, telle que modifiée;

Vu les articles 88 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, tel que modifié;

Attendu que le pouvoir adjudicateur a constaté des prix apparemment anormalement bas pour les postes 115 et 122 du métré;

Attendu que conformément à l'article 88 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le pouvoir adjudicateur a invité, en date du 17.09.2013, l'entreprise BETONAC-GALERE à fournir les justifications nécessaires;

Attendu qu'en date du 27.09.2013 la société momentanée BETONAC-GALERE a transmis au Pouvoir adjudicateur un courrier reprenant des informations sur ces postes;

Attendu que les informations reçues pour le poste 115 ont été jugées acceptables;

Attendu que, conformément à l'article 110 § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, une demande de justification pour le poste 122 du métré a été envoyée à la société momentanée BETONAC-GALERE le 10.10.2013;

Attendu que BETONAC-GALERE a répondu à ce nouveau courrier en date du 17.10.2013;

Attendu qu'après analyse des justificatifs transmis, il apparaît que le prix proposé pour la fourniture et pose des joints de dilatation sinusoïdaux est un prix spéculatif;

Vu qu'il ressort des plans fournis par la société momentanée BETONAC-GALERE que les joints sur lesquels BETONAC-GALERE se base pour justifier le prix proposé ne sont pas conformes au cahier spécial des charges;

Vu que la formule de révision appliquée par BETONAC-GALERE pour estimer son prix couvre uniquement les fluctuations du coût des matériaux et salaires, et non la différence entre le joint de référence non conforme au cahier spécial des charges et le joint de dilatation sinusoïdal spécifié dans les clauses techniques;

Pour ces motifs, l'offre déposée par la société momentanée doit être écartée pour cause d'irrégularité;

[...]

4.3. IRRÉGULARITÉ DE L'OFFRE DE FRANKI SA

[...]

4.4. IRRÉGULARITÉ DE L'OFFRE DE NV WEGEBO [...]

4.5 RÉGULARITÉ DE L'OFFRE DE LA S.M. NUTONS - WANTY

Vu les articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, telle que modifiée;

Vu l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, telle que modifié;

Attendu que le pouvoir adjudicateur a constaté un prix apparemment anormalement bas pour le poste 122 du métré;

Attendu que, conformément à l'article 110 § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le Pouvoir adjudicateur a dès lors invité, en date du 29.10.2013, l'entreprise S.M. NUTONS - WANTY à fournir les justifications nécessaires;

Attendu qu'en date du 31.10.2013, S.M. NUTONS - WANTY a transmis au Pouvoir adjudicateur ses justifications de prix;

Attendu qu'il apparaît de ces justifications que les joints proposés par la SM NUTONS - WANTY sont conformes aux prescriptions du cahier spécial des charges;

Attendu qu'après analyse des justifications, les prix remis par l'entreprise SM NUTONS - WANTY pour le poste 122 sont corrects et acceptables;

Par conséquent, l'offre déposée par la S.M. NUTONS - WANTY est régulière et conforme aux spécifications du cahier spécial des charges.

4.6. RÉGULARITÉ DE L'OFFRE DE NV DECKX

Vu les articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, telle que modifiée;

Vu l'article 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, telle que modifié;

Attendu que le pouvoir adjudicateur a constaté un prix apparemment anormalement bas pour le poste 122 du métré;

Attendu que, conformément à l'article 110 § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, le Pouvoir adjudicateur a dès lors invité, en date du 29.10.2013, l'entreprise NV DECKX à fournir les justifications nécessaires;

Attendu qu'en date du 8.11.2013, NV DECKX a transmis au Pouvoir adjudicateur ses justifications de prix;

Attendu qu'il apparaît de ces justifications que les joints proposés par la NV DECKX sont conformes aux prescriptions du cahier spécial des charges;

Attendu qu'après analyse des justifications, les prix remis par l'entreprise NV DECKX pour le poste 122 sont corrects et acceptables;

Par conséquent, l'offre déposée par la NV DECKX est régulière et conforme aux spécifications du cahier spécial des charges.

[...]»;

Considérant que l'acte attaqué a été communiqué aux parties requérantes par courrier recommandé et par télécopie du 10 janvier 2014; que la présente demande de suspension, introduite le 24 janvier, est recevable *ratione temporis*; que la partie adverse ne soulève aucune exception d'irrecevabilité;

Considérant que la partie adverse demande que certains courriers émanant des soumissionnaires bénéficient du régime de la confidentialité; qu'au stade actuel de la procédure, rien ne s'oppose à ce que cette confidentialité soit maintenue; qu'en outre, elle doit s'étendre aux pièces 12 et 14 déposées par les parties requérantes, qui contiennent les mêmes informations;

Considérant que les requérantes prennent un moyen unique «de la violation des articles 15 et 65/4, 65/5 et 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 89 et 110, § 2 et 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de concurrence et de son corollaire le principe de l'égalité entre les soumissionnaires, du principe de bonne administration, du devoir de minutie notamment dans la vérification des faits pris en considération et de l'erreur manifeste d'appréciation»;

Considérant qu'en une deuxième branche, les requérantes font valoir que la partie adverse a décidé d'écarter leur offre en la déclarant irrégulière pour trois motifs qu'ils critiquent de la manière suivante:

« A. Le prix proposé serait spéculatif

À la lecture des justifications apportées par l'association momentanée BETONAC-GALERE par courriers des 27 septembre et 17 octobre 2013 pour le poste 122, il apparaît qu':

a. elle a justifié le prix proposé au moyen du prix de son fournisseur EMOTEC pour deux marchés exécutés en 2012 (KRAAINEM et E42) avec le joint MAURER exigés au terme des prescriptions techniques du cahier spécial des charges du marché litigieux.

b. elle a appliqué une formule de révision pour obtenir le prix qui serait pratiqué au moment de l'exécution du marché litigieux.

Cette justification de prix n'a pas satisfait la RÉGION DE BRUXELLES-CAPITALE puisqu'elle a jugé que le prix justifié de la manière précitée était spéculatif.

Elle estime donc que justifier un prix par rapport aux prix facturés dans le cadre de marchés récemment exécutés n'est donc pas acceptable dans la mesure où il en résulte un prix spéculatif.

Cette position ne peut être suivie.

En effet, "l'appréciation du pouvoir adjudicateur peut, au-delà de justifications même succinctes du soumissionnaire et de la comparaison des offres entre elles pour le marché considéré, se baser sur des éléments étrangers audit marché, parmi lesquels les prix de marché analogues antérieurs normalement exécutés".

Dès lors qu'il est admis qu'un prix peut être justifié par référence aux prix des marchés antérieurs, la partie adverse ne pouvait sanctionner cette méthode de justification en considérant qu'un prix justifié par référence au prix de ce même joint pour deux marchés récents ne constituait pas une justification suffisante, et, pire, faisait du prix justifié un prix spéculatif.

Un telle façon de procéder est contraire à la pratique admise par la jurisprudence et revient à considérer que tout prix justifié en référence à des prix facturés dans d'autres marchés récents est spéculatif.

B. Le joint proposé ne serait pas conforme au cahier spécial des charges

Dans le cadre de sa réponse du 10 octobre 2013, la SM BETONAC-GALERE est claire:

["]Note importante:

Le prix tient compte d'un joint de dilatation sinusoïdal qui s'étale sur toute la longueur du joint, y compris les trottoirs. Nous vous signalons que d'après nous le joint Maurer XW1 est le seul joint sinusoïdal qui est conforme aux exigences du cahier des charges. Les travaux de fourniture et de montage du joint de dilatation Maurer XW1 seront confiés au sous-traitant Emotec.["]

Il n'y a donc aucun doute possible sur le fait que c'est le joint de type MAURER XW1 qui sera mis en œuvre.

Dans le cadre des justifications envoyées le 27 septembre et le 10 octobre 2013, les parties requérantes ont fournis des documents relatifs à deux marchés antérieurs exécutés en 2012.

Certains documents relatifs à ces autres chantiers, transmis le 10 octobre 2013 font tout naturellement parfois références à d'autres types de matériaux, voire à d'autres types de joints.

C'est le cas des plans d'exécution du Viaduc de Kraainem et de l'E42 pour lequel il était prévu que les trottoirs soient exécutés avec un autre type de joint.

C'est également le cas de la fiche technique nE40 relative aux travaux sur la E42 qui portait sur deux types de joints: le joint "EGAL" et le joint sinusoïdal MAURER fourni par EMOTEC. Les pages 2 à 13 de ladite fiche technique traitaient du joint "égal" et les suivantes du joint sinusoïdal. La SM BETONAC- GALERE, dans un souci de transparence a décidé de transmettre l'intégralité des pages de la fiche technique mais a pris soin de préciser sur la feuille précédant la fiche technique que les pages 2 à 13 de celle-ci concernaient un autre type de joint.

La mention d'un autre type de joint, avec le joint MAURER demandé, pour ces marchés précédents ne peut constituer une non-conformité, dans la mesure où, par définition, les plans et documents pour ces marchés antérieurs tiennent compte des prescriptions techniques de ces marchés et non des prescriptions techniques du marché litigieux.

En conséquence, la référence à d'autres matériaux sur les documents d'un autre marché n'a rien d'anormal ou de répréhensible. Ces autres marchés

doivent évidemment être pris en compte *mutatis mutandis* par la pouvoir adjudicateur.

La partie adverse ne pouvait en conclure que le marché serait exécuté par la SM BETONAC-GALERE avec un autre type de joint.

Ceci d'autant plus que les parties requérantes précisait très clairement, dans leur réponse du 10 octobre 2013, que le marché serait exécuté, trottoirs compris, avec le joint sinusoïdal MAURER XW1.

En conséquence, lorsqu'elle considère que la SM BETONAC-GALERE justifie son prix au moyen de documents portant sur un joint non conforme, la partie adverse commet une erreur manifeste d'appréciation.

C. La formule de révision ne serait pas adéquate.

La partie adverse fonde notamment sa décision d'écarter la SM GALERE- BETONAC sur l'inadéquation de la formule de révision appliquée:

["]Vu que la formule de révision appliquée par BETONAC-GALERE pour estimer son prix couvre uniquement les fluctuations du coût des matériaux et salaires, et non la différence entre le Joint de référence non-conforme au cahier spécial de charges et le joint de dilatation sinusoïdal spécifié dans les clauses techniques;["]

Il ressort de ce qui précède que la SM BETONAC-GALERE s'est engagée à exécuter le marché avec le joint sinusoïdal MAURER XW1.

Elle a, entre autre, justifié son prix au moyen des plans des marchés du viaduc de KRAAINEM et de l'E42.

Lors de ces chantiers, un joint rectiligne a été utilisé pour faire les trottoirs.

La SM BETONAC-GALERE, et ce contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, a tenu compte de cette circonstance lorsqu'elle a calculé le prix du poste 122.

Lors du calcul du prix du joint sinusoïdal, elle ne s'est en effet pas contentée de faire la moyenne des prix révisés des deux marchés de référence de 2012 (1.300,84 EUR/m et 1.322,33 EUR/m) mais a proposé un prix bien plus élevé que la moyenne (prix remis de 1.320 EUR/m), compte tenu du fait que les trottoirs du marché litigieux seraient exécutés au moyen du joint MAURER.

En tout état de cause, la différence de prix entre le joint rectiligne et sinusoïdal est minime et c'est précisément pour cette raison qu'un prix unitaire unique a été prévu pour toute la longueur du joint dans le cadre des deux marchés de référence. Cette différence ne peut donc constituer une raison valable pour refuser la justification et conclure à l'anormalité du prix.

Par ailleurs, les parties adverses énoncent clairement dans la justification du 10 octobre 2013 que le prix tient compte d'un joint de dilatation sinusoïdal sur toute la longueur.

Le prix a donc été calculé compte tenu du marché litigieux.

En conséquence, lorsque la partie adverse se fonde sur une formule de révision qui ne tiendrait pas compte de la différence entre le joint MAURER et un autre joint, elle commet une erreur manifeste d'appréciation dans la mesure où cet autre joint n'est pas proposé et que le prix pour le poste 122 tient compte d'un joint sinusoïdal sur toute la longueur, trottoir compris»;

Considérant que la troisième branche critique la motivation de la décision attaquée en ce qu'elle déclare admissibles les justifications apportées par la société momentanée Nutons-Wanty et par la n.v. Deckx; que les requérantes exposent ce qui suit:

« La décision d'attribution d'un marché public doit être motivée, en ce compris en ce qui concerne le contrôle des prix anormaux.

Lorsqu'il décide de ne pas conclure à l'anormalité du prix d'un soumissionnaire, suite aux justifications apportées par celui-ci, les raisons

pour lesquelles il a considéré ce prix comme étant normal doivent ressortir de la décision d'attribution.

Si tel n'est pas le cas, la décision d'attribution n'est pas suffisamment et adéquatement motivée.

Cette exigence de motivation a été rappelée récemment par votre conseil:

- Dans un arrêt nE 223.139 du 12 avril 2013:

[...]

- Dans un arrêt nE226.098 du 15 janvier 2014:

[...]

Il se déduit de ces deux arrêts récents que la motivation de la décision d'attribution doit permettre de comprendre les raisons qui ont conduit le pouvoir adjudicateur à accepter un prix qu'il considérait initialement comme anormal.

En l'espèce, la motivation de la décision d'attribution de la RÉGION DE BRUXELLES-CAPITALE ne permet pas de comprendre les raisons qui lui ont permis de considérer que le prix remis par la SM NUTONS-WANTY et par la NV DECKX pour le poste 122 était normal au regard des justifications apportées par ces deux sociétés.

En effet, il n'est pas possible pour les parties requérantes de comprendre, au moyen d'une telle motivation, les raisons qui lui ont permis d'arriver à cette conclusion.

Cette motivation ne permet pas plus de vérifier si la partie adverse a examiné les justifications adressées par ces deux sociétés pour le poste 122 avec le soin requis.

Une telle motivation est d'autant plus nécessaire dès lors que :

- les quatre autres soumissionnaires ont été considérés irréguliers en raison de l'anormalité du prix qu'ils ont remis pour le poste 122;

- le type de joint requis par les documents du marché, et en particulier l'avis rectificatif, n'est *a priori* fourni que par un seul fournisseur en Belgique.

Les soumissionnaires doivent pouvoir vérifier si l'analyse des justifications données par l'ensemble des soumissionnaires pour ce poste 122 a été réalisée dans le respect, notamment, du principe d'égalité entre soumissionnaires et si cette analyse n'est pas affectée d'une erreur manifeste d'appréciation.

En se contentant de mentionner que les joints proposés sont conformes et que les prix remis sont corrects et acceptables, une telle vérification n'est pas possible.

En conséquence, la motivation de la décision d'attribution, qui ne fait référence à aucun rapport d'analyse des offres, est insuffisante et inadéquate.

[...]»;

Considérant que, dans sa note d'observations, la partie adverse formule d'abord les considérations suivantes:

« 10. Pour rappel, durant l'évaluation des offres, la partie adverse a jugé nécessaire d'obtenir des parties requérantes des informations relatives aux prix proposés pour les postes 115 ("Fourniture et pose d'un système d'étanchéité en polyurée réactive bicomposant, selon l'A, A,4") et 122 ("Fourniture et pose d'un joint de dilatation") (pièce 12 du dossier administratif), et ce sur la base de l'article 88, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Les parties requérantes ont alors expliqué qu'elles avaient calculé le prix du poste 122 en appliquant une formule de révision au prix proposé par leur sous-traitant pour un joint utilisé dans d'autres marchés similaires et en augmentant le montant obtenu du coût des prestations à sa charge ("aide Bétonac") ainsi que d'un "supplément frais généraux et charges financières" (pièce 2 du dossier administratif confidentiel).

La partie adverse a dès lors demandé aux parties requérantes des précisions sur le joint utilisé dans ces marchés pris comme référence, soit: "un complément d'informations techniques concernant les joints de dilatation mis en œuvre sur les chantiers du viaduc de Kraainem et de la E42 et leur conformité avec les prescriptions techniques reprises au cahier spécial des charges" (pièce 13 du dossier administratif).

Les parties requérantes ont répondu en transmettant les informations techniques demandées (pièce 3 du dossier administratif confidentiel).

Or, il ressort de ces informations, et notamment des plans présents en pages 5 à 10 pour le chantier à Kraainem et en pages 31 à 35 pour le chantier relatif à l'E42 des annexes au courrier de justifications, que le joint utilisé dans ces chantiers était mixte (sinusoïdal sur la chaussée et linéaire au niveau des trottoirs). Le prix du sous-traitant sur la base duquel les parties requérantes ont calculé le prix proposé pour le poste 122 était pourtant, comme indiqué en page 18 de la requête, "un prix unitaire unique [...] pour toute la longueur du joint dans le cadre des deux marchés de référence".

Les joints utilisés dans les marchés pris comme référence n'étaient donc pas comparables à ceux qui doivent être livrés et posés en l'espèce.

Pourtant, les prix proposés par le sous-traitant des parties requérantes pour ce joint mixte ont été adaptés uniquement sur la base d'une formule de révision qui a pour objet unique de prendre en compte les variations de prix dans le temps d'un produit donné. Les parties requérantes ont en effet proposé un prix exactement similaire au prix indexé obtenu à partir du prix de la commande la plus récente (celle relative à l'E42).

La différence entre le coût d'un joint mixte et celui d'un joint sinusoïdal n'a donc pas été prise en compte par les parties requérantes.

Or, il est de connaissance commune dans le domaine - et il ressort en outre du dossier administratif - que le prix de joints totalement sinusoïdaux est beaucoup plus élevé que les 1320 €/m proposés par les parties requérantes (voir notamment les offres remises à deux autres soumissionnaires par le sous-traitant auquel les parties requérantes se réfèrent, pièces 5 et 7 du dossier administratif confidentiel).

Il était donc tout à fait insuffisant, pour les parties requérantes, de se limiter à indiquer dans leurs justifications que "le prix tient compte d'un joint de dilatation sinusoïdal qui s'étale sur toute la longueur du joint, y compris les trottoirs". Cette affirmation est en outre inexacte. Le calcul réalisé étant explicité par les parties requérantes, la partie adverse devait constater que cette différence n'avait en fait pas été prise en compte.

La partie adverse a donc, à juste titre, déclaré l'offre des parties requérantes irrégulière (pour prix anormalement bas).»;

Considérant qu'à propos de la deuxième branche, elle souligne d'abord que les parties requérantes s'attachent à démontrer le caractère non fondé de chacun des motifs de l'acte attaqué, pris séparément, mais que c'est à tort qu'elles entendent faire de chacune des phrases de la motivation un élément indépendant puisque cette motivation forme un ensemble qui ne peut être séparé; qu'elle expose à ce propos ce qui suit:

« 17. Comme exposé ci-avant et comme l'exprime clairement la motivation de l'acte attaqué, le prix remis par les parties requérantes est un prix spéculatif dès lors qu'il est calculé sur la base de prix remis par un sous-traitant pour un joint différent (mixte, et non totalement sinusoïdal) et que les parties adverses - en se limitant à appliquer la formule de révision prévue par le cahier spécial des charges - n'ont pas pris en compte cette différence dans l'établissement de leur prix.

Les parties adverses se limitent en effet, dans leur justification, à assurer à la partie adverse qu'elles utiliseront un joint conforme pour l'exécution du marché mais n'en tirent pas les conséquences en termes d'inadéquation - ou à tout le moins de forte nécessité d'adapter - les prix choisis comme base de calcul.

18. Il est par ailleurs inexact que les parties requérantes aient pris cette différence en compte en n'appliquant pas la moyenne des prix des deux chantiers, mais un prix supérieur. Le prix plus élevé du second chantier - E42, commande fin 2012 - témoigne d'une augmentation des prix que les parties requérantes se devaient de prendre en compte et qu'elles n'auraient pas pu neutraliser en se référant à un marché plus ancien - Kraainem, commande début 2012. Le prix proposé pour le poste 122 était donc bien uniquement le résultat de l'indexation des prix proposés préalablement.

En outre, la différence de 10 €/m dont question entre la moyenne des prix et le prix proposé par les parties requérantes n'est manifestement pas pertinente pour prendre en compte la différence de coût entre un joint mixte et un joint totalement sinusoïdal. En effet, contrairement à ce que les parties requérantes soutiennent, cette différence de coût est loin d'être minime. En attestent à suffisance les prix proposés par le même sous-traitant aux deux autres soumissionnaires qui se sont donné la peine de demander un prix pour un joint conforme au cahier spécial des charges (voyez pièces 5 et 7 du dossier administratif confidentiel).

19. La deuxième branche du moyen manque donc en fait, la motivation de l'acte attaqué devant être lue dans son ensemble et reposant effectivement sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit.»;

Considérant que la partie adverse réfute la troisième branche de la manière suivante:

« 20. Finalement, dans la troisième branche du moyen, les parties requérantes invoquent le fait que: "la motivation de la décision d'attribution de la RÉGION DE BRUXELLES-CAPITALE ne permet pas de comprendre les raisons qui ont conduit le pouvoir adjudicateur à accepter un prix qu'il considérait initialement comme anormal".

21. Comme exposé ci-dessus, les prix remis par la société anonyme Deckx Algemene Ondernemingen et la société momentanée Nutons et Wanty n'étaient pas réellement anormalement bas.

La partie adverse a néanmoins voulu s'assurer, vu les justifications reçues des autres soumissionnaires, que ces deux sociétés avaient calculé leur prix d'une manière admissible (soit sans prévoir un joint non conforme ou se baser sur les prix de marchés précédents réalisés avec des joints non conformes -sans prendre cette différence en compte).

L'objectif de la partie adverse était d'assurer la parfaite égalité des soumissionnaires.

Dans la motivation de l'acte attaqué, la partie adverse constate donc à ce sujet les deux éléments suivants:

- Les joints proposés sont conformes aux prescriptions du cahier spécial des charges;

- Les prix remis pour le poste 122 sont corrects et acceptables, étant entendu que contrairement à ce qui a été expliqué préalablement pour certains autres soumissionnaires - dont les parties requérantes -, ces prix ne sont pas le résultat d'un calcul faussé par la prise en compte du prix d'un joint non conforme.

Les parties requérantes sont donc éclairées à suffisance sur le fait que la partie adverse a veillé à ce que l'irrégularité qui leur est reprochée n'ait pas été également commise par la société anonyme Deckx Algemene Ondernemingen et la société momentanée Nutons et Wanty (attributaire du marché).

Il ressort en outre du dossier administratif, et particulièrement des pièces confidentielles 5 et 7, que c'est à raison que la partie adverse a considéré que les joints proposés étaient conformes et que les prix proposés ne souffraient pas des mêmes lacunes que celles relevées dans les prix des parties requérantes. Les justifications transmises par ces deux entreprises reprennent en effet une offre de prix d'un sous-traitant pour un joint totalement conforme au cahier spécial des charges du marché en cause, que ces entreprises ont vraisemblablement demandé très précisément en vue de réaliser leur offre.

Le Conseil d'État est donc en mesure "de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision [du pouvoir adjudicateur] et de censurer dans le chef de ce dernier une appréciation manifestement déraisonnable".

22. Dès lors, dans les circonstances de l'espèce, les parties requérantes n'ont pas d'intérêt à soulever une critique relative à la motivation formelle de la décision d'attribution.

Il ressort en effet, d'une part, de l'examen des deux premières branches du moyen que l'offre des parties requérantes est irrégulière.

Il ressort d'autre part de l'examen du dossier administratif que c'est à raison que la partie adverse a estimé que les prix de l'attributaire du marché étaient normaux.

Une suspension sur la base d'un tel moyen n'est donc pas de nature à offrir au soumissionnaire une nouvelle chance de se voir attribuer le marché, ce d'autant que les parties requérantes ne soutiennent pas - et comment le pourraient-elles alors qu'elles proposent un prix plus bas - que le prix proposé par l'attributaire du marché serait anormalement bas.

23. En outre, les circonstances de l'espèce divergent de celles des arrêts récents évoqués par les parties requérantes (CE, nE 223.139 du 12 avril 2013 et nE 226.098 du 15 janvier 2014).

En effet, dans ces deux espèces, les parties requérantes mettaient en cause le fait que le pouvoir adjudicateur ait admis comme normal - sans le justifier à suffisance - un prix largement inférieur à celui des parties requérantes. Ce prix ayant été dans un premier temps considéré comme apparemment anormalement bas par le pouvoir adjudicateur, il était légitime dans le chef des parties requérantes de vouloir comprendre - et de pouvoir le cas échéant critiquer - les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a changé d'avis et n'a finalement pas écarté les offres concernées, ce qui aurait mené à attribuer le marché aux parties requérantes.

Tel n'est pas le cas en l'espèce. Les prix remis par les deux soumissionnaires pour lesquels les parties requérantes critiquent la motivation sont, de loin, supérieurs au prix proposé par ces dernières et ce tant en ce qui concerne le prix global de l'offre (voir page 2 de l'acte attaqué) que les prix remis pour le poste 122 dont question (voir les pièces 2, 5 et 7 du dossier administratif confidentiel).

Par ailleurs, il s'agissait ici pas tant de s'assurer de la normalité des prix que de vérifier que l'offre de l'attributaire pressenti n'était pas (directement ou indirectement) fondée sur un prix unitaire pour un joint non conforme, comme celle des parties requérantes.

Dès lors, dans la mesure où la motivation de la décision permet aux parties requérantes de s'assurer que les joints proposés sont conformes au cahier spécial des charges et que le calcul du prix n'est pas spéculatif, celles-ci sont, tout naturellement, en mesure de comprendre pourquoi les prix proposés - bien supérieurs au leur - sont normaux. Les explications à fournir par le pouvoir adjudicateur sont en effet par essence plus limitées dans un tel cas d'espèce.

24. Les parties requérantes n'ont donc pas intérêt à la critique développée dans la troisième branche du moyen, qui au surplus manque de sérieux.»;

Considérant, sur la deuxième branche, que l'acte attaqué déclare l'offre des parties requérantes irrégulière pour le motif que le prix proposé pour le poste 122 est spéculatif étant donné qu'il est basé sur le prix d'un joint non conforme, qui a été multiplié par un coefficient ne couvrant que les fluctuations du coût des matériaux et des salaires et non la différence de prix entre le joint sinusoïdal conforme et le joint plat non conforme; qu'ainsi que la partie adverse le souligne, cette motivation forme un ensemble; que c'est à tort que les requérantes lui reprochent de ne pas admettre une justification basée sur des marchés antérieurs; qu'en effet, il résulte de la motivation de l'acte attaqué que la partie adverse n'a pas refusé une justification basée sur des marchés antérieurs, mais qu'elle a estimé que le joint utilisé dans ces marchés n'était pas conforme à celui requis par le cahier spécial des charges et que la formule de révision utilisée ne couvrait pas la différence de prix entre les deux joints, de sorte que le prix était spéculatif;

Considérant que la motivation de l'acte attaqué n'indique pas en quoi les joints de référence ne sont pas conformes au cahier spécial des charges; qu'elle se limite à énoncer que cette non-conformité ressort des plans fournis par les requérantes, ce qui ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles les joints auxquels il a été fait référence ne sont pas conformes au cahier spécial des charges, de sorte que la motivation est, à cet égard, insuffisante; que ce n'est en effet que dans la note d'observations et à l'audience que la partie adverse précise que les joints utilisés dans les chantiers auxquels les parties requérantes faisaient référence, à savoir le chantier de Kraainem et celui de la E42, sont «mixtes», à savoir sinusoïdaux sur la chaussée et linéaires au niveau des trottoirs, et qu'il ne sont donc pas comparables à ceux qui doivent être livrés et posés en l'espèce, à savoir des joints sinusoïdaux;

Considérant, plus fondamentalement, que les factures d'Emotec pour le viaduc de Kraainem et le chantier de l'E42, transmises à la partie adverse en annexe au courrier du 17 octobre 2013 et versées au dossier confidentiel de pièces des requérantes, ne mentionnent que des prix relatifs à la fourniture et à la pose de joints Maurer D80B XW1, pour Kraainem, et Maurer D110B XW1, pour le chantier de l'E42; que dans les deux cas, il s'agit de joints sinusoïdaux, dont la capacité de dilatation est, respectivement, de 80 mm et de 110 mm; que, partant, contrairement à ce que soutient la partie adverse, les prix auxquels les requérantes se sont référées pour établir leur offre n'ont pas trait à des joints «mixtes» mais bien à des joints sinusoïdaux;

Considérant que le moyen est sérieux en sa deuxième branche;

Considérant, sur la troisième branche, que, dès lors que l'offre des requérantes n'a pas été valablement déclarée irrégulière, l'exception d'irrecevabilité du moyen, soulevée par la partie adverse, ne peut être retenue; qu'en tout état de cause, même si l'offre avait valablement été déclarée régulière, l'intérêt des requérantes à la troisième branche n'aurait pas pu leur être dénié puisqu'une suspension sur la base de cette branche serait de nature à remettre en cause l'examen de la régularité de l'offre de leurs concurrents, ce qui leur permettrait de retrouver une chance de se voir attribuer le marché si les deux autres offres devaient être déclarées irrégulières; que, nonobstant ce que soutient la partie adverse, cette dernière a bien procédé à un contrôle des prix prévu par l'article 110, § 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, encore applicable au présent marché, et non à un contrôle de conformité du joint proposé par rapport au cahier spécial des charges;

Considérant que lorsque le pouvoir adjudicateur estime nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier ses prix, l'appréciation qui conduit à estimer ces justifications doit faire l'objet d'une motivation précise; que la décision attaquée admet la régularité du prix du poste 122 pour deux soumissionnaires au terme d'une motivation identique, qui consiste à constater que l'entreprise soumissionnaire a transmis ses justifications de prix, qu'il apparaît que les joints proposés sont conformes aux prescriptions du cahier spécial des charges et qu'après analyse des justifications, les prix remis par l'entreprise concernée sont corrects et acceptables; que cette motivation ne permet pas de comprendre la raison pour laquelle les prix proposés par ces deux soumissionnaires ne sont pas anormalement bas; que le seul motif qu'après analyse des justifications, le prix est correct et acceptable s'apparente à une clause de style et ne constitue pas une explication sur les raisons ayant amené le pouvoir adjudicateur à reconnaître la pertinence des justifications apportées par les soumissionnaires;

Considérant que le moyen est sérieux en sa troisième branche;

Considérant que la partie adverse ne fait état d'aucun élément imposant de constater que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision attaquée l'emporteraient sur ses avantages,

D É C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale du 6 décembre 2013 déclarant irrégulière l'offre de la s.a. Betonac et de la s.a. Galère pour le marché public de travaux portant sur la rénovation complète du tablier du viaduc 33 et du pont 30 situés sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale et attribuant ce marché à la société momentanée Nutons-Wanty.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La confidentialité des courriers de soumissionnaires identifiés sous le titre «Inventaire du dossier administratif confidentiel» est maintenue. Elle s'étend aux pièces 12 et 14 déposées par les parties requérantes.

Article 4.

Le présent arrêt sera notifié par télécopie.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la XV^e chambre siégeant en référé, le six mars deux mille quatorze, par :

M. I. KOVALOVSKY,	président de chambre f.f.,
M. R. GHODS,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,	Le Président f.f.,
---------------------	--------------------

R. GHODS

I. KOVALOVSKY