

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

A R R Ê T

n° 240.661 du 5 février 2018

A.224.127/VI-21.154

En cause : **la société anonyme ÉTABLISSEMENTS SIMON,**

ayant élu domicile chez
M^e Virginie MONTEYNE-JADOUL, avocat,
avenue des Oies 2
1640 Rhode-Saint-Genèse,

contre :

la ville de Liège,

ayant élu domicile chez
M^{es} François MOISES et
Julie BOCKOURT, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège.

Partie intervenante :

la société anonyme HOUBEN,

ayant élu domicile chez
M^e Daniel PRICKEN, avocat,
place verte 13
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 29 décembre 2017, la société anonyme ÉTABLISSEMENTS SIMON sollicite la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution d'une décision du collège communal de la ville de Liège du 1^{er} décembre 2017 d'attribuer le marché public de fourniture de produits de peinture nécessaires aux besoins de la ville de Liège et du centre public d'aide sociale de Liège à la société anonyme HOUBEN.

II. Procédure

Une ordonnance du 3 janvier 2018, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 23 janvier 2018 à 10 heures.

Des courriers du 5 janvier 2018, notifiés aux parties, ont remis l'affaire à l'audience du 23 janvier 2018 à 14 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête introduite le 22 janvier 2018, la société anonyme HOUBEN demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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. Michel PÂQUES, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Virginie MONTEYNE-JADOUL, avocate, comparaissant pour la partie requérante, M^e Julie BOCKOURT, avocate, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Martin CHABOT, *loco* M^e Daniel PRICKEN, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue 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 un avis publié au Bulletin des adjudications, le 6 juin 2017, et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), le 8 juin 2017, la ville de Liège lance un marché par adjudication ouverte pour la "Fourniture de produits peinture nécessaires aux besoins de la ville de Liège et du Centre public d'aide sociale – Accord-cadre conjoint entre la ville de Liège et le Centre Public d'Action Sociale pour une durée déterminée de 48 mois prenant cours le lendemain de la notification, au fournisseur adjudicataire, de l'approbation de son offre à conclure par voie d'adjudication ouverte avec un seul participant".

2. Le cahier spécial des charges (BAT 17 0091 ITR) précise ce qui suit :

" ARTICLE 13- A.R. : DÉTERMINATION DES PRIX

L'entreprise est exécutée suivant les prescriptions de l'accord-cadre incluant des termes fixés avec bordereau de prix. Les prix mentionnés dans le bordereau intégré au présent cahier spécial des charges sont exprimés en euro.

Le fournisseur adjudicataire s'engage à fournir les produits à ses frais, risque et périls, sur la base des prix intangibles fixés par le Pouvoir adjudicateur et figurant dans le bordereau intégré au présent cahier spécial des charges.

Dans son offre, le soumissionnaire choisit une des trois possibilités suivantes :

1) Soit accepter de réaliser les marchés issus de l'accord-cadre sur la base des prix (hors T.V.A.) fixés par le Pouvoir adjudicateur et figurant dans le bordereau intégré au présent cahier spécial des charges.

2) Soit proposer un pourcentage unique de rabais applicable sur tous les prix (hors T.V.A.) fixés par le Pouvoir adjudicateur et figurant dans le bordereau intégré au présent cahier spécial des charges.

3) Soit proposer un pourcentage unique de majoration applicable sur tous les prix (hors T.V.A.) fixés par le Pouvoir adjudicateur et figurant dans le bordereau intégré au présent cahier spécial des charges.

Le pourcentage unique (de rabais ou de majoration) proposé par le soumissionnaire dans son offre doit se limiter à la première décimale (par exemple : 3,5 %). Toute offre ne répondant pas à cette prescription est systématiquement corrigée par le Pouvoir adjudicateur qui arrondit le pourcentage par la méthode commerciale. C'est le nombre arrondi qui est pris en considération tant pour l'attribution du marché que pour les commandes ultérieures.

L'adjudicataire s'engage à livrer les fournitures telles qu'elles sont décrites dans le présent cahier spécial des charges, en se conformant aux clauses et conditions de ce dernier et aux indications données en cours d'exécution par le fonctionnaire dirigeant".

3. Quatre offres sont remises par les sociétés suivantes :

- la société anonyme ÉTABLISSEMENTS SIMON : 37,41 % de rabais sur le bordereau;
- la société anonyme HOUBEN : 51,00 % de rabais sur le bordereau;
- la société privée à responsabilité limitée JANSSENS CONSTRUCT : prix du bordereau;
- la société anonyme MULTI PAINT LSG : prix du bordereau.

4. Par des courriers recommandés du 5 septembre 2017, la ville de Liège sollicite des sociétés HOUBEN et ETABLISSEMENTS SIMON une justification du prix offert.

La société ETABLISSEMENTS SIMON répond par un courrier du 13 septembre 2017 et la société HOUBEN répond par un courrier du 15 septembre 2017.

5. Par une décision du 1^{er} décembre 2017, le collège communal de la ville de Liège constate que tous les soumissionnaires sont sélectionnés, que les documents joints aux offres sont acceptés sur le plan technique et que les quatre offres sont régulières. Cette décision vise le rapport d'attribution du marché établi par les services de la ville le 21 novembre 2017 qui contient notamment l'analyse suivante des prix :

" C. VÉRIFICATION DES PRIX

S.A. ETS SIMON : RABAIS DE 37,41 %
S.A. HOUBEN : RABAIS DE 51,00 %

Vérification des prix conformément à l'article 21 AR du 15/07/2011

Les soumissionnaires S.A. ETS SIMON, quai des Ardennes, 77 à 4020 LIEGE et S.A. HOUBEN, Zoning Industriel de la Boverie, rue du Térés, 65 à 4100 Seraing ont été invités à nous fournir les justifications nécessaires en date du 7 septembre 2017 par recommandé pour prix anormalement bas;

Vu la réponse de la S.A. ETS SIMON, quai des Ardennes, 77 à 4020 LIEGE datée du 13 septembre 2017 (jointe au présent rapport).

Vu la réponse de la S.A. HOUBEN, Zoning Industriel de la Boverie, rue du Térés, 65 à 4100 Seraing datée du 15 septembre 2017 (jointe au présent rapport).

Examen des justifications produites

Les soumissionnaires ont été interrogés à tort sur le caractère anormalement bas de leur prix.

En effet, le pouvoir adjudicateur a été induit en erreur par le fait que deux soumissionnaires à savoir JANSSENS CONSTRUCT et MULTI PAINT n'ont pas émis de rabais et se sont alignés sur les prix du bordereau.

Suite à l'argumentation émise dans le courrier de justification de prix de la société HOUBEN selon laquelle les soumissionnaires s'étant alignés sur les prix du bordereau ne sont pas des acteurs concurrentiels sur le marché des grossistes, des investigations plus approfondies ont été menées.

Après vérification, il apparaît en effet que les soumissionnaires JANSSENS CONSTRUCT et MULTI PAINT ne sont pas des acteurs concurrentiels sur le marché des grossistes en peinture.

En effet, ces sociétés ne sont pas comparables en terme de taille (chiffre d'affaires, nombre d'effectifs, flux de marchandises) et ne peuvent donc valablement concurrencer les prix remis par des grossistes de taille bien supérieure, telle les firmes HOUBEN et SIMON. Pour le surplus, la société JANSSENS CONSTRUCT agit sur d'autres secteurs, elle est spécialisée dans le négoce de parachèvement de manière générale.

Par ailleurs, la société HOUBEN dans sa lettre de justification, pour prouver que les prix du bordereau ne correspondent pas à la réalité des prix proposés par des

grossistes de son ampleur, révèle les prix qu'elle applique à un autre pouvoir adjudicateur, à savoir la ville de Seraing. Ceux-ci sont moins élevés encore que ceux appliqués à la ville de Liège alors qu'on peut supposer, au vu de la taille inférieure de la ville de Seraing, que l'importance des commandes est moindre. La ville de Liège a donc interrogé la ville de Seraing afin de s'assurer que les prix proposés n'ont pas mis à mal l'exécution du marché. Il a été répondu par la ville de Seraing que la société HOUBEN a parfaitement exécuté la mission qui lui a été confiée.

Partant, il est manifeste que nous avons commis une erreur en demandant des justifications pour prix anormalement bas. Les prix consentis par la société HOUBEN sont tout à fait normaux. Les prix consentis par la société SIMON le sont *a fortiori* au vu du rabais moins important proposé.

Le Conseil d'État a déjà eu à se prononcer sur un cas similaire dans un arrêt du 12 mars 2012, et il a été considéré que «dès lors qu'elle ne devait pas inviter cette société à fournir des justifications en application de l'article 110, § 4, alinéa 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, cette même disposition ne requérait pas que la partie adverse considérât son offre comme irrégulière pour le motif que les explications communiquées étaient lacunaires» *quod non* en l'espèce.

CONCLUSION

Les offres des firmes suivantes sont régulières :

- 1) S.A. ETS SIMON, QUAI DES ARDENNES, 77 À 4020 LIEGE
- 2) S.A. HOUBEN, ZONING INDUSTRIE INDUSTRIEL DE LA BOVERIE, RUE DU TERIS 65 À 4100 SERAING
- 3) S.P.R.L. JANSSENS CONSTRUCT, AVENUE LAVOISIER, 13 À 1300 WAVRE
- 4) S.A. MUTLI PAINT LSG, RUE DE L'ABBAYE, 90 À 4040 HERSTAL".

Le même acte décide enfin d'attribuer le marché à la société HOUBEN, dont l'offre est considérée comme l'offre régulière la plus basse.

Il s'agit de l'acte attaqué.

6. Cette décision est communiquée aux différents soumissionnaires par courriels du 18 décembre 2017 et par courriers recommandés du 19 décembre 2017. Le rapport d'analyse des offres est annexé.

7. Le 19 décembre 2017, la société ETABLISSEMENTS SIMON interroge la ville de Liège afin d'obtenir de plus amples informations quant à la motivation de sa décision.

8. La ville répond le 21 décembre 2017.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 22 janvier 2018, la société anonyme HOUBEN demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Cette requête est recevable. Il y a lieu de l'accueillir.

V. Le premier moyen

Le premier moyen est intitulé par la requérante "Irrégularité substantielle sur le plan matériel de l'offre de la SA HOUBEN".

V.1. Thèses des parties

A. La requête

La requérante prend un premier moyen de la "violation de l'article 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006, du principe de la légalité des motifs et de l'obligation de motivation matérielle de tout acte administratif, des articles 4 et 5 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la transgression du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires, du principe de mise en concurrence et du principe général de droit «*Patere legem quam ipse fecisti*»".

La requérante fait valoir les éléments suivants :

- l'offre de la société HOUBEN ne peut répondre aux exigences techniques rigoureuses imposées dans le cahier spécial des charges à défaut d'avoir accès aux produits requis, pour le motif que la collaboration entre la société HOUBEN et le fournisseur AKZO NOBEL a pris fin le 1^{er} juillet 2017;
- l'offre de la S.A. HOUBEN est affectée d'une irrégularité substantielle;
- la ville de Liège a comparé des offres qui, sur le plan technique, ne sont pas comparables;
- la ville de Liège n'a pas vérifié que les exigences techniques visées au cahier spécial des charges sont respectées par l'offre de la S.A. HOUBEN, voire a diminué ses exigences techniques.

B. La note d'observations de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse expose ce qui suit :

" [...] Le cahier spécial des charges dispose :

- Article 81 – A.R. : Contenu de l'offre :

«Documents à joindre à l'offre

N.B.: Chaque document doit faire l'objet d'un fichier séparé dont le nom attribué sera suffisamment explicite.

- o Tous documents et notices que le soumissionnaire pourrait juger utiles à la parfaite appréciation de celle-ci, en format PDF, WORD ou EXCEL;
- o L'offre, en tant que telle, en format "PDF";
- o La déclaration sur l'honneur relative à la sous-traitance en mentionnant la part du marché que le soumissionnaire entend sous-traiter;
- o La publication au Moniteur belge ou autre document officiel EN FRANÇAIS prouvant la capacité de signature de la (ou des) personne(s) signant l'offre, en format "PDF" ET, LE CAS ECHEANT, LA DELEGATION DE SIGNATURE. Pour rappel, l'administrateur-délégué d'une société anonyme doit disposer d'un mandat exprès du Conseil d'administration l'autorisant à remettre une offre dans le cadre du présent marché;
- o Les documents requis par les articles 67 et 71 – A.R. du présent cahier spécial des charges.

N.B.: o Tout autre document "généré par un traitement de texte" que le soumissionnaire souhaiterait annexer à son offre, sera transmis au format "PDF";

o Les documents graphiques devront être transmis au format "Autocad"».

- Article 95 – A.R. : Offres irrégulières :

«[...]

Seront susceptibles d'être déclarées irrégulières :

- o Les offres dont le texte ne concorde pas avec celui du modèle imposé par le Pouvoir adjudicateur. À cet effet, le Pouvoir adjudicateur appréciera, dans chaque cas d'espèce, si le manque de concordance entre l'offre du soumissionnaire et le modèle imposé doit entraîner la nullité de l'offre. Ce manque de concordance peut, en effet, conduire le soumissionnaire à formuler dans son offre une contradiction avec les clauses et conditions du cahier spéciale des charges, une réserve portant sur des éléments essentiels du marché ou toute autre anomalie susceptible d'entraîner l'irrégularité de l'offre.

Seront entachées de nullité absolue :

- o Les offres exprimant des réserves portant sur des éléments essentiels du marché;
- o Les offres transmises par un autre biais que le site <https://eten.publicprocurement.be> (*)
(*) sauf pour les hypothèses entrant dans une des exceptions ci-avant mentionnées».

- Article 13 – A.R. : Détermination des prix :

«[...] L'adjudicataire s'engage à livrer les fournitures telles qu'elles sont décrites dans le présent cahier spécial des charges, en se conformant aux clauses et conditions de ce dernier et aux indications données en cours d'exécution par le fonctionnaire dirigeant».

[...] Sur ces bases, la ville de Liège a valablement constaté que l'offre de la SA HOUBEN devait être considérée comme techniquement conforme.

L'offre de la SA HOUBEN répond en effet à toutes les prescriptions du cahier spécial des charges.

En particulier, le formulaire de soumission valablement signé reprend l'engagement du soumissionnaire de «fournir les produits relatifs au marché BAT 17 0091 ITR conformément aux clauses et conditions du cahier spécial des charges régissant le marché et moyennant les conditions mentionnées ci-après».

Le cahier spécial des charges n'exigeant pas la production de fiches techniques, c'est sur la base de cet engagement que la conformité technique des offres est vérifiée.

La ville de Liège ne pouvait, à peine de méconnaître son propre cahier spécial des charges, ajouter aux exigences visées par ledit cahier des charges et exiger des soumissionnaires davantage que l'engagement d'une exécution conforme (en ce sens : CE n° 201.260 du 24.02.2010).

Cet engagement étant certain dans le chef de la S.A. HOUBEN, comme dans le chef de la requérante (laquelle n'a fourni des fiches techniques que pour une partie des produits visés par le cahier spécial des charges), non contredit par un quelconque autre élément des offres, par ailleurs complètes au regard des exigences du cahier des charges, les offres ont été admises comme techniquement conformes.

[...] A titre superfétatoire, la ville de Liège souligne que :

a) Il relève de la pure affirmation dans le chef de la requérante de prétendre que la S.A. HOUBEN est dans l'incapacité de répondre aux exigences techniques du cahier spécial des charges, au motif que la S.A. HOUBEN ne pourrait plus recourir aux services du fournisseur AKZO NOBEL pour obtenir les produits requis.

D'autres produits ou d'autres fournisseurs sont à même de permettre à la S.A. HOUBEN de respecter le cahier des charges.

En tout état de cause, dès lors que le cahier spécial des charges n'exige pas la production de fiches techniques et que les soumissionnaires s'engagent à exécuter le marché conformément aux exigences techniques du cahier des charges, cette question relève de l'exécution du marché.

b) Rien ne permet de considérer, comme le fait la requérante, que le défaut de respect de l'une ou l'autre prescription technique, à le supposer établi – *quod non*, devrait nécessairement être considéré comme une irrégularité substantielle.

Ainsi que l'indique la requérante elle-même, il faut pour cela que la prescription technique non respectée puisse être considérée comme essentielle.

En l'espèce, rien dans le cahier des charges ne permet de considérer que tel est le cas. Au contraire, le cahier des charges précise clairement ce qui relève de l'irrégularité substantielle, sans intégrer dans cette catégorie les non-conformités techniques".

Elle conclut que le premier moyen n'est pas sérieux.

C. La requête en intervention

Dans la requête en intervention, la partie intervenante fait valoir ce qui suit :

- les seules pièces déposées révèlent qu'elle n'entretient plus de relations commerciales directes avec la société AKZO NOBEL – ce qu'elle ne conteste pas;
- les partenariats dont elle jouit lui permettent sans difficulté de proposer une gamme de produits conformes aux exigences du cahier des charges, car ses partenaires sont des fournisseurs de premier ordre et les gammes de produits

réunies disponibles peuvent incontestablement être comparées avec celle de la société AKZO NOBEL;

- à considérer que seul AKZO NOBEL fournisse en exclusivité les produits répondant aux sept postes critiqués par la partie requérante, il ne peut être exclu qu'elle puisse obtenir indirectement ces produits par le biais de grossistes partenaires d'AKZO NOBEL en Belgique ou ailleurs;
- son offre ne contient pas d'irrégularité, mais si elle contenait celle que dénonce la partie requérante, encore faudrait-il que celle-ci démontre que cette irrégularité présente un caractère substantiel de nature à entraîner un rejet automatique et tel n'est pas non plus le cas.

Elle ajoute qu'aucune erreur n'a été commise par la partie adverse qui a constaté son engagement à "fournir les produits relatifs au marché BAT 17 0091 ITR, conformément aux clauses et conditions du cahier spécial des charges régissant le marché et moyennant les conditions ci-après mentionnées". Elle précise qu'aucune rupture d'égalité n'est établie.

Elle fait enfin valoir que le grief de la partie requérante repose sur des considérations techniques et que l'erreur dénoncée ne présente pas le caractère certain et évident nécessaire à un examen en référé.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 13 du cahier spécial des charges relatif à la détermination des prix dispose comme suit :

- " [...] L'adjudicataire s'engage à livrer les fournitures telles qu'elles sont décrites dans le présent cahier spécial des charges, en se conformant aux clauses et conditions de ce dernier et aux indications données en cours d'exécution par le fonctionnaire dirigeant".

Les soumissionnaires doivent s'engager à exécuter le marché conformément aux exigences techniques du cahier des charges.

En soumissionnant, la société HOUBEN s'est engagée à livrer les fournitures selon les prescriptions du cahier spécial des charges.

Prima facie, la requérante n'établit pas que le cahier spécial des charges exige la production de fiches techniques. Aucune irrégularité substantielle de l'offre n'est démontrée.

Elle n'établit pas non plus que l'absence de relation alléguée entre la société HOUBEN et le fournisseur AKZO NOBEL rend impossible une exécution conforme au cahier spécial des charges et, partant, que le choix de l'attributaire est irrégulier. Aucune diminution des exigences techniques n'est démontrée.

Enfin, elle n'établit aucune inégalité de traitement.

Le moyen n'est pas sérieux.

VI. Le second moyen

Le second moyen est intitulé par la requérante "Absence de motivation adéquate pour l'acceptation des prix remis par la SA HOUBEN".

VI.1. Thèses des parties

A. La requête

La requérante prend un second moyen de "la violation des articles 21 et 95, § 3, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ainsi que du principe de la légalité des motifs et de l'obligation de motivation matérielle de tout acte administratif, des articles 4 et 5 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de proportionnalité et de bonne administration, du principe général de droit «*Patere legem quam ipse fecisti*», de l'insuffisance, de l'absence et de l'erreur dans les motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation".

La requérante fait valoir les éléments suivants :

- la ville de Liège se devait de procéder à une analyse sérieuse des prix remis par chacun des soumissionnaires;
- par des courriers recommandés datés du 7 septembre 2017, les deux soumissionnaires au marché ont été invités à apporter des précisions à leurs offres et à justifier la normalité des rabais offerts;
- la ville de Liège n'a pas suffisamment motivé "la retenue des justifications apportées par les soumissionnaires et surtout le rabais de 51% accepté pour la S.A. HOUBEN";

- la ville de Liège prétend avoir interrogé les soumissionnaires à tort pour le motif qu'elle a été induite en erreur par le fait que deux soumissionnaires, à savoir JANSSENS CONSTRUCT et MULTI PAINT n'ont pas émis de rabais et se sont alignés sur les prix du bordereau, mais elle ne permet pas de comprendre pourquoi elle a été induite en erreur;
- la ville de Liège estime aussi que les deux sociétés n'ayant pas indiqué de rabais dans leurs offres, à savoir JANSSENS CONSTRUCT et MULTI PAINT "ne sont pas des acteurs concurrentiels sur le marché des grossistes en peinture";
- la ville de Liège indique que "la société HOUBEN dans sa lettre de justification, pour prouver que les prix du bordereau ne correspondent pas à la réalité des prix proposés par des grossistes de son ampleur, révèle les prix qu'elle a appliqués à un autre pouvoir adjudicateur, à savoir la ville de Seraing", que "[c]eux-ci sont moins élevés encore que ceux appliqués à la ville de Liège alors qu'on peut supposer, au vu de la taille inférieure de la ville de Seraing, que l'importance des commandes est moindre", que "[l]a ville de Liège a donc interrogé la ville de Seraing afin de s'assurer que les prix proposés n'ont pas mis à mal l'exécution du marché" et qu'"[i]l a été répondu par la ville de Seraing que la société HOUBEN a parfaitement exécuté la mission qui lui a été confiée";
- contrairement à ce qui a été indiqué dans le rapport des offres, les justifications de prix de la société HOUBEN n'ont pas été jointes;
- la ville de Liège "omet de préciser la date de remise des offres du marché de Seraing ce qui n'est pas sans importance et peut bien évidemment avoir une incidence sur les prix comparés" et c'est à la partie requérante elle-même que la ville de Seraing a attribué le marché de fourniture de peintures pour les années 2017 à 2019 pour la ville de Seraing, si bien que l'offre sur laquelle la société HOUBEN se base pour justifier son rabais date d'avant le 11 juillet 2016;
- c'est à tort que le pouvoir adjudicateur estime manifeste son erreur commise en demandant des justifications pour prix anormalement bas et qu'il expose que les prix consentis par la société HOUBEN sont tout à fait normaux et que ceux de la société ÉTABLISSEMENTS SIMON le sont *a fortiori* au vu du rabais moins important proposé;
- sur la base de cette motivation exprimée en des termes très généraux, il est impossible pour la partie requérante d'accepter que les prix de la société HOUBEN ne soient pas qualifiés d'anormalement bas en comparaison avec les prix remis par les autres soumissionnaires au marché ou en comparaison avec les prix communément pratiqués et admis sur le marché;
- aucune justification suffisante en fait et en droit n'est finalement livrée par la ville de Liège pour accepter les prix remis par la société HOUBEN et les qualifier de normaux;

- pourtant la découverte d'un prix anormal, même pour une prestation de minime importance et quelle que soit l'importance de l'anomalie, ne s'oppose pas à ce que l'offre soit déclarée irrégulière.

B. La note d'observations de la partie adverse

Dans la note d'observations, la partie adverse conteste l'intérêt de la partie requérante au moyen puisqu'il s'agit de critiquer le raisonnement sur la base duquel sa propre offre a elle aussi été jugée normale.

Elle observe à ce sujet que la partie requérante indique dans sa requête que "[l]'on peut à tout le moins reprocher à la ville de Liège de ne pas avoir à suffisance motivé la retenue des justifications apportées par les soumissionnaires et surtout le rabais de 51% accepté pour la SA HOUBEN".

Elle concède que la motivation critiquée par la partie requérante est identique pour les deux soumissionnaires et tient essentiellement au fait que les prix du métré joint au cahier des charges ont été établis sur la base d'une estimation trop élevée.

Elle en infère que si cette motivation est insuffisante à justifier que l'offre de la société HOUBEN est retenue, cela implique que ladite motivation est également insuffisante à justifier que l'offre de la requérante est retenue.

Quant au fond, elle fait valoir les éléments suivants :

- elle a interrogé les sociétés HOUBEN et ÉTABLISSEMENTS SIMON quant au caractère normal de leur prix (hauteur du rabais offert sur les prix du métré joint au cahier spécial des charges);
- alors que la société ÉTABLISSEMENTS SIMON a fourni des explications très générales et non démontrées (soutien du distributeur, ristourne spécifiquement basse...), la société HOUBEN lui a transmis des justificatifs étayés par des pièces, démontrant, chiffres à l'appui, que les prix estimés par la ville de Liège ne correspondaient pas à la réalité du marché, tandis que le rabais offert de 51% répond quant à lui à cette réalité;
- le courrier que la société HOUBEN lui a envoyé demande expressément de considérer comme strictement confidentielles les informations commerciales transmises;
- c'est donc en respectant ce caractère strictement confidentiel qu'elle a motivé sa décision de considérer que les prix remis par les sociétés HOUBEN et ÉTABLISSEMENTS SIMON devaient être considérés comme normaux;

- cela n'empêche pas la motivation d'être suffisante et adéquate, tout en respectant l'article 10 de la loi précitée du 17 juin 2013;
- cette motivation, déjà reproduits ci-dessus (voir point III. 5) révèle, de manière claire et précise que la société HOUBEN a fait état dans son courrier de justifications du fait que les soumissionnaires n'ayant pas offert de rabais ne sont pas des acteurs concurrentiels sur le marché des grossistes;
- cette affirmation est correcte, pour les motifs précisés dans la motivation;
- les prix visés au bordereau de la ville de Liège ne correspondent pas à la réalité du marché;
- les vérifications menées auprès de la ville de Seraing confirment cet élément puisqu'il en ressort que la société HOUBEN a correctement exécuté un marché similaire pour des prix inférieurs à ceux offerts dans le cadre du présent marché;
- c'est donc par erreur qu'elle a considéré les prix offerts par les sociétés HOUBEN et ÉTABLISSEMENTS SIMON comme apparemment anormalement bas, par comparaison avec les deux autres offres n'offrant pas de rabais;
- sur la base de ces différents éléments, il faut constater que les prix offerts par la société HOUBEN sont normaux et que les prix offerts par la société ÉTABLISSEMENTS SIMON le sont également *a fortiori*;
- cette motivation permet sans conteste aux différents soumissionnaires, dont la requérante, de comprendre les motifs présidant à la décision de considérer comme normaux les prix des deux soumissionnaires interrogés.

Elle précise encore :

- que, pour apprécier le caractère suffisant de la motivation critiquée par la requérante, il faut tenir compte de ce que la société HOUBEN a demandé la confidentialité de ces informations commerciales, comme indiqué ci-dessus et de ce que, "en tout état de cause, la décision et le rapport d'analyse annexé, se suffisent à eux-mêmes, la motivation qui y est reprise étant complète et adéquate";
- qu'elle n'indique pas la date de remise des offres du marché de Seraing, la société ÉTABLISSEMENTS SIMON ayant obtenu le marché de fourniture de peintures pour les années 2017 à 2019, mais qu'il "n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de préciser les motifs de ses motifs" et que, dès lors que celui-ci retient comme valable la comparaison entre les deux marchés (Liège et Seraing), il considère nécessairement que les dates des deux marchés en question sont suffisamment rapprochées que pour permettre une telle comparaison, ce qui était d'ailleurs bien le cas, le marché de la ville de Seraing concernant les années 2014 à 2016;
- que rien ne permet d'ailleurs de considérer que les prix des peintures ont à ce point évolué sur les dernières années pour empêcher une comparaison valable.

A titre superfétatoire, elle relève enfin :

- que la différence entre le rabais offert par l'adjudicataire et le rabais offert par la société ÉTABLISSEMENTS SIMON n'est que de 13,59%;
- que le rabais offert par la requérante est également important et que rien ne permettrait de considérer que le prix de la société HOUBEN est anormalement bas, tandis que le prix de la société ÉTABLISSEMENTS SIMON serait normal;
- que les critiques formulées par la partie requérante sont abstraites et ne peuvent fonder le moyen invoqué.

C. La requête en intervention

Dans la requête en intervention, la partie intervenante se rallie à la note d'observations de la partie adverse. À son sens, la partie requérante revendique l'exposé de motifs des motifs. Elle ajoute ce qui suit :

- " [...] bien qu'aucun argument ne soit développé dans le but de démontrer que l'offre de la SA HOUBEN contiendrait des prix anormaux, celle-ci rappelle :
- Avoir justifié précisément ses prix, pièces à l'appui;
 - Que tenant compte de l'erreur d'estimation reconnue dans le chef de la ville de Liège, ses prix s'écartent de seulement de 13,59 % des prix proposés par la SA SIMON;
 - Que cet écart ne révèle pas une anormalité des prix".

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 21 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques définit les exigences de vérification des prix proposés et, le cas échéant, des justifications présentées par les soumissionnaires concernés à la demande du pouvoir adjudicateur. Pareilles vérifications doivent permettre à celui-ci de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents dudit marché.

Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, il examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, conformément aux dispositions de l'article 21, § 3, alinéa 5, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation.

Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur une justification de prix, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de ce pouvoir, et de censurer dans le chef de ce dernier une appréciation manifestement déraisonnable. Il lui appartient également de vérifier que la décision de

considérer, comme en l'espèce, des prix comme normaux a été prise au terme d'une procédure révélant le caractère complet de l'examen par ledit pouvoir des justifications apportées (C.E., 31 mars 2017, S.A. TRBA, n° 237.894).

En l'espèce, les motifs critiqués permettent d'établir que les prix de la partie requérante ne sont pas anormaux, mais ils contribuent aussi à la justification de l'attribution du marché à un concurrent. La partie requérante a bien intérêt au moyen qui critique des tels motifs de l'acte attaqué.

Il ressort de la motivation de l'acte attaqué que son auteur reconnaît avoir mal apprécié les prix du marché lors de la fixation des prix dans le bordereau intégré au cahier spécial des charges et que c'est au regard de ces prix qu'il a d'abord estimé que les offres de la partie requérante et de la partie intervenante étaient anormales.

L'auteur de l'acte attaqué a alors interrogé ces deux soumissionnaires. La partie intervenante a expliqué que les prix du marché étaient bien plus bas que ne l'envisageait la ville de Liège dans le cahier spécial des charges. Pour le montrer, elle a donné de nombreux exemples chiffrés et a, en même temps, justifié l'offre qu'elle avait faite. Pour sa part, en réponse à la demande de la ville de Liège, la partie requérante a expliqué que les bonnes relations avec son fournisseur et sa position de distributeur justifiaient ses prix.

Prima facie, c'est de manière convaincante que la partie adverse a estimé que les explications de la société HOUBEN permettaient d'établir que ses prix et ceux de la partie requérante n'étaient pas anormaux, et, pour la même raison, que les prix des deux autres soumissionnaires révélaient que ceux-ci n'étaient pas "des acteurs concurrentiels sur le marché des grossistes en peinture".

Cette motivation révèle qu'une analyse sérieuse des prix a bien eu lieu, de même qu'une comparaison des offres.

Cette motivation permet à la partie requérante de comprendre le raisonnement de la partie adverse.

En ne communiquant pas les chiffres donnés par la partie intervenante en réponse à la demande d'explications, la partie adverse a entendu veiller à la confidentialité des prix de la partie intervenante comme le permet l'article 10 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. Cette lettre de la partie intervenante, versée aux pièces confidentielles de la procédure par la partie adverse, contient de plus amples

explications sur les prix du marché tels que les pratique la partie intervenante. La partie adverse a pu tenir compte de la volonté exprimée de voir traiter ses prix comme confidentiels, décider de ne pas reproduire les explications contenues dans cette lettre et préférer en résumer la teneur dans la décision attaquée sans rendre publics ces éléments pour ne pas s'exposer du même coup au reproche de porter atteinte aux intérêts commerciaux légitimes de cette entreprise. Cette motivation de la décision attaquée ne paraît pas suffire à la rendre irrégulière (en ce sens, C.E., 9 mars 2011, Société anonyme de droit luxembourgeois AUBAY, n° 211.865).

En outre, comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, les prix proposés par la requérante elle-même ne sont pas à ce point éloignés de ceux de la partie intervenante que ceux-ci devraient être déclarés anormaux par comparaison aux siens.

Enfin, en prenant l'avis d'une commune voisine qui avait eu antérieurement recours aux fournitures de la partie intervenante, pour confirmer la capacité de cette société d'exécuter correctement le marché aux prix proposés, la partie adverse ne viole aucune disposition visée au moyen.

Le second moyen n'est pas sérieux.

Aucun moyen n'est sérieux.

VII. Demande de levée de la confidentialité de pièces du dossier administratif

VII.1. Thèses des parties

A. La requête

La partie requérante demande au Conseil d'État de bien vouloir considérer le contenu de l'offre de la partie intervenante, et plus particulièrement les fiches techniques qui y sont annexées, comme étant des pièces non-confidentielles et de lui donner la possibilité d'en prendre connaissance. Elle précise que, "sans prise de connaissance des éléments ayant trait au contenu de l'offre de la partie adverse [sic] ainsi qu'à la justification livrée par la SA HOUBEN, il [lui] est impossible [...] de vérifier si les fournitures proposées correspondent bel et bien aux exigences du cahier spécial des charges".

B. Le dossier administratif

La partie adverse dépose, à titre confidentiel, les offres des sociétés HOUBEN et ÉTABLISSEMENTS SIMON, ainsi que les courriers de justifications de prix transmis par ces sociétés (pièces 12 à 15 du dossier administratif).

C. La requête en intervention

Dans la requête en intervention, la partie intervenante fait valoir ce qui suit :

- " Conformément aux 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 et à l'article 87 de l'Arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, l'offre de la SA HOUBEN ainsi que les justificatifs de prix doivent être déclarés confidentiels de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à maintenir une concurrence loyale entre entreprises directement concurrentes.

La SA HOUBEN souligne à cet égard que les justifications de prix transmises ont été couvertes par la confidentialité en ce qu'elles contiennent la preuve d'accords commerciaux et les prix pratiqués en conséquence, dont la confidentialité doit être respectée par la SA HOUBEN. Le cahier des charges permettait d'ailleurs à la SA HOUBEN de faire usage de ce droit à la confidentialité (p. 14).

De surcroît, la SA SIMON n'a pas intérêt à obtenir la levée de la confidentialité dès lors que les arguments qu'elle développe ne peuvent en aucun cas être servis par la lecture des pièces confidentielles. En effet, l'offre de la SA HOUBEN ne contient pas de fiches techniques et la SA SIMON ne soutient pas que les prix de la SA HOUBEN sont anormaux : ce faisant, elle n'a pas intérêt à solliciter que les justificatifs de prix lui soient transmis.

Compte tenu de ces éléments, il n'y a pas de raison de lever la confidentialité".

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 26 de la loi du 17 juin 2013, précitée, dispose comme suit :

- " L'instance de recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par l'autorité adjudicatrice qui est tenue de déposer l'intégralité du dossier, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable".

À la lecture de l'offre déposée par la partie intervenante et de sa lettre du 15 septembre 2017 en réponse à la demande d'explications de la partie adverse, il apparaît que celles-ci contiennent des informations dont la divulgation pourrait nuire au secret des affaires. 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.

Les pièces 12 à 15 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

VIII. Indemnité de procédure et dépens

La partie adverse demande la condamnation de la partie requérante au paiement d'une indemnité de procédure liquidée au montant de base de 700 euros.

La partie requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité de procédure sollicitée.

Il y a dès lors lieu de faire droit à cette demande.

Le rejet de la demande de suspension justifie également que les autres dépens soient laissés à la partie requérante, à l'exception de ceux relatifs à la requête en intervention qui sont mis à charge de la partie intervenante.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme HOUBEN est accueillie dans la présente procédure.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 12 à 15 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 6.

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

Les autres dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à charge de la partie requérante, à concurrence de 200 euros, et à charge de la partie intervenante, à concurrence de 150 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le cinq février deux mille dix-huit par :

MM. Michel PÂQUES,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Michel PÂQUES.