

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 252.190 du 23 novembre 2021

A. 224.074/VI-21.150

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

ayant élu domicile chez
M^e Philip PEERENS, avocat,
De Kleetlaan 2
1831 Diegem,

contre :

le Centre public d'action sociale de Bruxelles,

ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL et Isabelle
VAN KRUCHTEN, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 décembre 2017, la SA Schindler demande l'annulation de « la décision de la partie adverse datée du 25 octobre 2017, de sélectionner les soumissionnaires KONE et OTIS et de déclarer leurs offres régulières quant aux lots 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11 et 12 de l'accord-cadre relatif à la “maintenance globale d'un parc d'engins de levage existants et à venir” ».

II. Procédure

Le droit visé 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 a été acquitté.

Le dossier administratif a été déposé.

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

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

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 5 janvier 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 10 février 2021.

M. David De Roy, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Philip Peerens, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Isabelle Van Kruchten, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section, a été entendu 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. Exposé des faits

1. A une date indéterminée, il est décidé d'organiser une procédure d'accord-cadre de services ayant pour objet la « maintenance globale d'un parc d'engins de levage existants et à venir », auquel six pouvoirs adjudicateurs sont parties : le CPAS de la ville de Bruxelles, le CHU Brugmann, le CHU Saint-Pierre, les Hôpitaux Iris Sud (HIS), l'Hôpital universitaire des enfants Reine Fabiola (HUDERF) et l'Institut Jules Bordet.

Le CPAS de la ville de Bruxelles, partie adverse, revêt la qualité de pouvoir adjudicateur et intervient en nom collectif pour la passation de l'accord-cadre.

2. Le marché est régi par le Cahier spécial des charges 02596.

Il prévoit différents critères de sélection qualitative, dont un critère relatif à la capacité technique établi sur la base d'une liste des principales références.

Les soumissionnaires peuvent déposer une offre pour tout ou partie des 12 lots.

Pour chaque lot, le pouvoir adjudicateur classe les offres et retient les 3 premiers soumissionnaires en tant que participants à l'accord-cadre.

3. Un avis de marché est envoyé pour publication au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications le 29 mai 2017.

Cet avis de marché ne reproduit pas les termes du passage du Cahier spécial des charges relatif à la capacité technique mais expose certaines généralités à ce propos.

Il précise que les offres doivent être remises pour le 17 juillet 2017.

4. Divers avis rectificatifs sont établis, dont un avis du 27 juin 2017, qui informe de la modification des seuils de sélection qualitative et reporte la date de remise des offres au 27 juillet 2017.

Le Cahier spécial des charges est modifié dans le même sens.

5. Le 28 juin 2017, le Conseil de l'aide sociale de la partie adverse décide d'apporter les modifications susmentionnées au Cahier spécial des charges.

6. Plusieurs questions sont posées par des opérateurs intéressés et tant celles-ci que les réponses y apportées sont mises à la disposition de tous les autres.

7. Quatre soumissionnaires remettent une offre pour tout ou partie des 12 lots.

8. A une date indéterminée, les services de la partie adverse établissent un tableau comparant les offres.

9. Le 11 août 2017, la partie adverse demande à la société KONE de

justifier son prix pour les lots 1, 2, 6, 11 et 12 et à la requérante de justifier son prix pour l'ensemble des lots.

10. Le 12 août 2017, la partie adverse invite la requérante et la société KONE à compléter la teneur des références fournies au stade de la sélection qualitative et à justifier le prix remis pour les lots 1, 2, 6, 11 et 12. Elle demande également à la requérante de communiquer le schéma d'entretien prévu par le Cahier spécial des charges.

11. Il est répondu à ces demandes par un courrier de la requérante du 22 août 2017 et par des courriers de la société KONE des 22 et 23 août 2017.

12. Le 12 octobre 2017, un rapport d'analyse des offres est établi.

Il conclut à la sélection des soumissionnaires, à la régularité de leur offre et désigne les trois attributaires de l'accord-cadre pour chaque lot.

13. Le 25 octobre 2017, le Conseil de l'action sociale fait siennes les conclusions du rapport d'analyse des offres.

Il s'agit de l'acte attaqué.

14. Le 26 octobre 2017, la partie adverse notifie la décision aux soumissionnaires en noircissant les informations relatives à leurs concurrents.

15. Le 13 novembre 2017, la requérante adresse un courrier à la partie adverse en contestant la décision attaquée.

16. Le 15 novembre 2017, la partie adverse répond audit courrier.

17. Par des courriers du 24 mars 2017, en l'absence de recours en suspension, la partie adverse conclut le marché avec les différents attributaires.

IV. Désistement partiel

Par un acte daté du 17 décembre 2018, la requérante déclare se désister partiellement de son recours, dans la mesure où celui-ci porte sur l'acte attaqué, en tant que celui-ci concerne les lots 5 et 6 du marché litigieux.

Rien ne s'oppose à ce désistement.

V. Premier moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation du principe « *patere legem quam ipse fecisti* » et du principe de non-discrimination, des articles 58, §§ 1^{er} et 4, 68, 69 et 95, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des principes de bonne administration, notamment le principe de prudence et le devoir de minutie, et de l'obligation de motivation formelle découlant notamment des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à l'obligation de motivation formelle des actes administratifs, ainsi que de l'obligation de motivation matérielle.

Elle indique que l'acte attaqué attribue la première et/ou la deuxième place aux sociétés KONE et OTIS alors qu'il ressort du rapport d'analyse que leurs offres ne répondaient pas aux exigences prévues par le Cahier des charges, notamment en ce qui concerne les références ; que le principe « *patere legem quam ipse fecisti* » et les dispositions réglementaires visées empêchaient de sélectionner des offres non conformes ; que la motivation formelle doit exposer l'appréciation à laquelle s'est livrée l'autorité ; et que le principe de minutie impose à l'autorité de ne statuer qu'en pleine connaissance de cause.

Elle note que le cahier des charges imposait de fournir des références permettant « de prouver qu'un service d'entretien d'ascenseurs, de monte lits et de monte-charges (accompagnées ou non) des marques les plus représentatives a été assuré au cours des 3 dernières années avec GMAO dans un contexte similaire », qu'elles doivent respecter « le nombre minimal de référence à fournir pour chaque lot par secteur d'activité et par marque d'équipement » et que « en cas d'attribution de plusieurs lots, les références nécessaires s'additionnent » ; que l'exigence de nombre minimal de référence par marque n'a pas été appliquée à KONE ; que l'exigence d'addition des références pour plusieurs lots n'a pas davantage été appliqué à KONE ; et que OTIS n'a remis aucune référence pour l'activité hospitalière concernée par les lots 2 et 12.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que le moyen est irrecevable en ce qu'il ne vise pas la disposition du Cahier spécial des charges qui prescrit le critère de capacité technique dont l'examen est critiqué et ne contient donc pas de moyen.

Elle ajoute que la requérante fonde son moyen sur la version originale du Cahier spécial des charges, qui imposait de communiquer les références nécessaires en tenant compte des marques et des secteurs d'activité de manière cumulative ; que le Cahier spécial des charges a été modifié par un avis rectificatif publié le 27 juin 2017, prévoyant désormais que cette double exigence (marque/secteur d'activité) est désormais dissociée ; que, pour un lot considéré, le soumissionnaire doit joindre une ou plusieurs références prouvant qu'il a eu en gestion, au cours des trois dernières années, X équipements de marque Z (pas obligatoirement dans le secteur visé par le lot) et X équipements installés dans le secteur d'activité visé par le lot (indépendamment de la marque) ; qu'en cas d'offre pour plusieurs lots, le nombre de références s'additionne et la vérification porte sur l'ensemble des lots ; que cette exigence a été étayée par un exemple concret sur le forum ; que la requérante a eu accès à la modification du Cahier spécial des charges et aux questions et réponses et a déposé son offre à la date modifiée ; que la partie adverse a vérifié la présence des attestations requises et a établi un tableau par soumissionnaire ; que ce tableau comporte une partie relative aux références par marque et une partie relative aux références par secteur ; que, si un soumissionnaire répond aux exigences cumulées, il répond à l'exigence lot par lot ; qu'il est donc erroné de soutenir que la partie adverse n'a pas vérifié la satisfaction du nombre de références ; qu'il est inexact de soutenir qu'OTIS n'aurait produit aucune référence relative au secteur d'activité hospitalière pour les lots 2 et 12 ; que ce soumissionnaire devait pouvoir justifier d'une liste de 106 références ; que le rapport indique qu'OTIS a fourni une liste de 106 références privées ; que le Cahier spécial des charges n'imposait pas de fournir une attestation et l'attestation n'est réglementairement requise que pour les références relatives à des marchés publics et non pour les références relatives à des marchés privés, pour lesquelles une simple déclaration suffit ; que, comme OTIS n'a produit que des références privées, aucune attestation n'était requise ; qu'elle n'a donc commis aucune erreur manifeste d'appréciation en considérant qu'OTIS disposait bien du nombre requis de références ; et que tous les soumissionnaires ont donc satisfait au critère de capacité technique relatif aux références et aux seuils d'exigence.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique que, en vertu de l'article 84 de la loi organique des centres publics d'action sociale du 8 juillet 19[76], c'est le Conseil de l'action sociale qui est compétent pour fixer les conditions des marchés publics du CPAS ; qu'alors que l'*erratum* a été publié le 27 juin 2017, c'est le 28 juin que le Conseil de l'action sociale a décidé d'autoriser la publication de celui-ci ; que l'avis rectificatif et le Cahier spécial des charges *erratum* publiés le 27 juin 2017 ont donc été adoptés par une autorité incompétente ; qu'ils sont donc entachés d'une illégalité d'ordre public et doivent être laissés inappliqués ; que la décision du Conseil de l'action sociale n'a pu ratifier les actes du 27 juin 2017 ; et que cette décision n'a pu sortir ses effets à défaut d'une nouvelle publication ; et que ce sont donc bien les prescriptions du Cahier spécial des charges originaire qui devaient être appliquées.

Elle ajoute que la décision du 28 juin 2017 viole notamment le principe de non-discrimination et les principes de bonne administration ; qu'il ressort de la motivation de cette décision que la partie adverse a vraisemblablement eu des contacts avec certains soumissionnaires, dont KONE, ORONA, OTIS et THYSEN, après la publication de l'avis initial mais avant l'ouverture des offres puisqu'elle a considéré que ces firmes méritent d'être déclarées « capables » et que le portefeuille dont elles disposent ne leur permettrait pas de participer au marché sur la base du Cahier spécial des charges initial (puisque seul SCHINDLER entretiendrait plus de 222 appareils de marque Schindler en milieu hospitalier) ; que le contact entre les soumissionnaires et le pouvoir adjudicateur avant le dépôt des offres est l'exception et doit garantir l'égalité entre les soumissionnaires ; qu'un tel contact n'était autorisé que dans les hypothèses visées par l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité ; qu'en conséquence, en prenant connaissance des capacités techniques de certaines entreprises nominativement visées, en adaptant les critères de sélection en vue de leur permettre d'y répondre et en préjugant qu'elles sont « capables », la partie adverse a violé les principes de bonne administration et le principe de non-discrimination ; et que les modifications décidées le 28 juin 2017 ne sont donc pas régulières.

D. Dernier mémoire de la requérante

La requérante fait valoir les observations suivantes :

« 25. En ce qui concerne le grief de la partie requérante au sujet de la compétence

de l'auteur de la décision de modifier les critères de sélection dans la version publiée dans le BDA et tel qu'appliquée par la partie adverse dans l'acte attaqué, la partie adverse s'en réfère à la sagesse de Votre Conseil.

26. En ce qui concerne le grief au sujet du caractère discriminatoire de ces critères, la partie requérante souhaite apporter les précisions suivantes en réponse au rapport de l'Auditorat et du dernier mémoire de la partie adverse :

Contrairement à ce qui est indiqué dans le procès-verbal de la session du 28.06.2017 du Conseil de l'action sociale (Pièce 5 de la partie adverse), et confirmé dans le Rapport de l'Auditorat, il n'est point établi que les critères de sélection stipulés dans le Cahier de Charges initial aboutissaient à ne permettre qu'à un seul opérateur – la partie requérante – à déposer une offre.

Ledit procès-verbal ni le rapport d'Auditorat ne l'expliquent.

Or, la simple circonstance que ces critères exigeaient une expérience particulière dans l'entretien d'ascenseurs d'hôpital de la marque SCHINDLER, au lieu d'une expérience dans l'entretien d'ascenseurs génériques de cette marque n'est en effet ni disproportionnel, ni de nature à exclure d'emblée toute concurrence.

La condition d'une expérience spécifique dans l'entretien d'ascenseurs d'hôpital de la marque SCHINDLER était proportionnelle et justifiée, car il reflétait parfaitement le portefeuille d'ascenseurs d'hôpitaux faisant l'objet des lots concernés, et eu égard à la particularité de ces ascenseurs d'hôpitaux de la marque SCHINDLER qui ont d'ailleurs conduit à leur succès.

Cette condition n'était pas non plus de nature à réduire anormalement la concurrence, eu égard au fait que ce grand succès commercial des ascenseurs d'hôpital de la marque SCHINDLER a conduit à leur diffusion dans la plupart des hôpitaux, non seulement en Belgique mais également à l'échelle internationale.

Il est donc tout fait inexact de supposer que seule la partie requérante aurait été en mesure de répondre à cette condition, et ce d'autant plus eu égard au fait que le marché a fait l'objet d'une publicité européenne et à la possibilité pour une combinaison de plusieurs firmes répondant ensemble à la condition concernée de déposer une offre.

En ce qui concerne des contacts entre la partie adverse et les firmes KONE, CORONA, OTIS et THYSSEN, la partie adverse se contente dans son dernier mémoire de prétendre que l'allégation de la partie requérante "repose sur aucun fait concret".

L'existence de tels contacts résulte pourtant clairement du procès-verbal du Conseil de l'action sociale du 28 juin 2017, en ce qu'il y est constaté expressément que ces firmes "ont pour la plupart en gestion plus de 222 ascenseurs de marque SCHINDLER mais pas forcément installés en milieu hospitalier et qui ont aussi en gestion plus de 222 ascenseurs installés en milieu hospitalier... mais pas forcément de la marque SCHINDLER". En effet, la partie requérante ne comprend pas comment le pouvoir adjudicateur pourrait avoir obtenu des informations tellement spécifiques et précises au sujet de l'expérience de ces sociétés, si ce n'est que par le biais de contacts ayant eu lieu préalablement à l'acte attaqué ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Tel qu'exposé en termes de requête, le moyen reproche à la partie adverse l'application que celle-ci a faite de la version initiale du cahier spécial des charges, application qui l'a amenée à sélectionner les soumissionnaires Kone et Otis,

alors qu'ils ne répondraient pas aux exigences imposées au titre de la sélection qualitative. Un grief particulier porte, par ailleurs, sur le fait que le soumissionnaire Otis n'aurait « produit aucune référence ayant trait au secteur d'activité hospitalière concerné par les lots 2 et 12 ».

Dans son mémoire en réplique, la requérante fait valoir que la modification des critères de sélection annoncée par l'avis rectificatif publié le 27 juin 2017 doit être tenue pour illégale, de sorte que la version nouvelle du cahier spécial des charges, dont la partie adverse soutient avoir fait application, devrait être écartée conformément à l'article 159 de la Constitution. Dénonçant ainsi l'illégalité de cette nouvelle version, la requérante ne critique, en revanche, pas l'application qui en a été faite par la partie adverse.

Au vu de la thèse ainsi soutenue par la requérante dans ses deux premiers écrits de procédure, il s'impose au Conseil d'État de se prononcer dans un premier temps sur l'illégalité alléguée de la modification du cahier spécial des charges et, selon ce que révélera cet examen, de répondre ensuite aux griefs formulés en termes de requête.

Selon la requérante, l'illégalité de la modification du cahier spécial des charges tiendrait, d'une part, à ce que cette modification a été publiée avant même d'avoir été décidée par l'autorité compétente pour fixer les conditions du marché et, d'autre part, à ce qu'elle méconnaît les principes de bonne administration et de non-discrimination. Tels qu'exposés et débattus, ces deux griefs d'illégalité appellent les réponses suivantes :

- En ce qui concerne la première des deux illégalités alléguées, il n'est pas contesté que l'avis rectificatif et le cahier spécial des charges modifié ont été publiés le 27 juin 2017, alors que les modifications litigieuses ont seulement fait l'objet d'une délibération du conseil de l'action sociale de la partie adverse en sa séance du 28 juin 2017. Cela étant, il doit être constaté que, lorsqu'elle a sélectionné les soumissionnaires Kone et Otis, la partie adverse s'est fondée sur la modification du cahier spécial des charges qui avait bien fait l'objet d'une décision, celle-ci ayant été prise par l'autorité compétente et ayant fait l'objet d'une publication par la voie d'un avis rectificatif. La requérante ne soutient, par ailleurs, pas que cette publication ne serait pas conforme à la modification décidée par le conseil de l'action sociale de la partie adverse et – dès lors, précisément, que le contenu de l'avis modificatif publié le 27 juin 2017 correspond à celui de la décision prise le 28 juin par cet organe – elle

est dépourvue d'intérêt à invoquer l'absence d'une nouvelle publication de cette décision. Le premier grief d'illégalité allégué ne peut, en conséquence, être retenu.

- S'agissant de la deuxième illégalité alléguée de la modification du cahier spécial des charges, au regard des principes de bonne administration et de non-discrimination, il doit être observé, à la lecture du procès-verbal de la séance du 28 juin 2017 du conseil de l'action sociale de la partie adverse, que celle-ci, ayant pris conscience de ce que les conditions de sélection initialement fixées risquaient de restreindre excessivement le jeu de la concurrence, a décidé de revoir le niveau d'exigence, de manière à prévenir un tel risque, ainsi que celui de recours que susciterait la procédure de passation du marché litigieux, en raison de ces conditions. La requérante n'identifie pas le principe de bonne administration qu'une telle décision méconnaîtrait, ni – *a fortiori* – en quoi il serait méconnu. En ce qui concerne le principe de non-discrimination, qui contient une règle d'interdiction, les développements du mémoire en réplique ne permettent pas de comprendre en quoi une telle décision tendant à garantir le jeu de la concurrence serait contraire à l'interdiction découlant de ce principe, dès lors que l'autorité – en procédant à la modification contestée – admet, implicitement mais certainement, avoir initialement fixé des conditions d'accès au marché restrictives de la concurrence et entend remédier à une situation susceptible d'être contestée. Ne changent, en toute hypothèse, rien à cette appréciation ni le fait que cette modification ferait suite à des échanges entre la partie adverse et certains opérateurs économiques intéressés par le marché litigieux, et ce dès lors que la partie adverse aurait, en toute hypothèse, pu admettre spontanément cette difficulté, ni le fait que la partie adverse ait pu retenir, sur la base de ce qui doit s'analyser comme résultant d'une connaissance générale du secteur économique concerné, une présomption de capacité des opérateurs identifiés dans le procès-verbal de la délibération du 28 juin 2017. Par ailleurs, la requérante n'expose pas précisément et utilement en quoi – à les supposer avérés – les contacts établis entre la partie adverse et certains opérateurs économiques ne s'inscriraient pas dans les hypothèses permises par l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. En outre, en tant que la requérante fait valoir que la modification des conditions de sélection qualitative aurait été décidée dans le but de permettre aux opérateurs spécialement visés par la délibération du 28 juin 2017 de répondre aux exigences d'accès, ce grief pourrait s'apparenter à la dénonciation d'un détournement de pouvoir, alors que ce cas d'ouverture à annulation n'est pas invoqué, en tant que tel, dans la requête. Dans son dernier mémoire, la requérante fait valoir qu'il n'est pas établi que les critères de sélection initialement fixés dans le cahier spécial des charges aboutissaient à ne

permettre l'accès au marché qu'à un seul opérateur ; ceci n'est toutefois pas de nature à révéler une atteinte au principe de non-discrimination, qui résulterait de la décision de la partie adverse de ménager une ouverture plus importante à la concurrence. Enfin, et contrairement à ce que soutient la requérante, la considération générale sur la probabilité que les opérateurs potentiellement intéressés par le marché ont, pour la plupart, en gestion plus de 222 ascenseurs de marque Schindler n'est pas à ce point spécifique qu'elle ne pourrait résulter que de contacts privilégiés survenus au cours de la procédure de passation. Il suit de l'ensemble des réponses qu'appelle la thèse de la requérante que le second grief d'illégalité allégué ne peut être retenu.

Dès lors que les deux illégalités de la modification critiquée du cahier spécial des charges ne sont pas établies et que la nouvelle version de ce cahier spécial des charges ne peut, pour cette raison, être privée d'effet, il s'impose d'examiner les griefs formulés en termes de requête et de constater, d'une part, que celui qui a trait à une application irrégulière du cahier spécial des charges en sa version initiale repose sur un postulat erroné en fait, puisque la partie adverse n'a pas appliqué cette version initiale, et, d'autre part, que celui relatif à l'absence de références reprochée au soumissionnaire Otis a été rencontré par le mémoire en réponse de la partie adverse, à l'égard duquel la requérante n'a plus fait valoir d'observation : la partie adverse y relève que le soumissionnaire concerné a bien fait état, comme en rend compte le rapport d'attribution, de références de services prestés, mais que, ceux-ci l'ayant été au bénéfice de clients « privés », aucune attestation y relative n'était requise. Le grief qui repose sur une prétendue absence de références manque donc en fait.

Le premier moyen ne peut, en conséquence, être déclaré fondé, et ce sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur d'autres motifs éventuels de rejet.

VI. Second moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante soulève un second moyen, pris de la violation de l'article 24 de la loi du 15 juin 2016 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, des articles 21 et 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation

des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de traitement égal des soumissionnaires, des principes de bonne administration, notamment le principe de prudence et le devoir de minutie, et de l'obligation de motivation formelle découlant notamment des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à l'obligation de motivation formelle des actes administratifs, ainsi que de l'obligation de motivation matérielle.

Elle indique que la partie adverse, après avoir constaté que le prix offert par la société KONE pour les lots 1, 2, 6, 11 et 12 paraissaient anormalement bas et l'avoir invitée à justifier ses prix, a accepté les justifications ainsi apportées ; que le rapport d'analyse des offres ne fait apparaître aucune motivation matérielle ou formelle susceptible de justifier la réalité et la pertinence des éléments avancés ; qu'à la différence de la requérante et de la société KONE, la société OTIS n'a pas été amenée à justifier ses prix pour les lots 2 et 12, alors qu'elle avait des prix comparables à celles-là ; que l'article 24 de la loi du 15 juin 2016 précitée prévoit que le marché ne peut être attribué qu'au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse ; qu'en vertu de son article 21, il appartient à la partie adverse de procéder à une telle vérification ; que l'article 95 de l'arrêté royal impose à l'autorité d'écarter une offre irrégulière ; que tous les administrés doivent être traités de la même manière ; que la décision de l'administration doit être formellement motivée ; que le rapport d'analyse des offres fait apparaître que le contrôle des prix opéré pour les offres déposées par les sociétés KONE et OTIS pour les lots 1, 2, 6, 11 et 12 n'a pas respecté ces principes ; que, d'une part, la justification donnée par la société KONE pour les prix offerts pour ces lots a été rendue entièrement illisible, ce qui ne permet pas à la requérante d'en évaluer la légalité ; qu'il est difficilement concevable que les prix de la société KONE, qui sont 44 % et 56 % inférieurs à ceux proposés par la requérante, peuvent être normaux ; qu'elle se réserve le droit de critiquer ces justifications ; et que, d'autre part, aucune justification n'a été demandée à la société OTIS, qui a pourtant remis un prix comparable à la requérante, qui a pourtant dû justifier la normalité de ses prix.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que la critique n'est dirigée que contre les lots 1, 2, 6, 11 et 12, de sorte que l'annulation à intervenir ne devrait concerner que ceux-ci.

Elle ajoute que l'exigence de motivation formelle en matière de marchés

publics doit être lue en combinaison avec le secret des affaires ; que l'article 10, § 1^{er}, 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 permet de ne pas communiquer des renseignements si leur divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises ; que, dans leur réponse à la demande de justification des prix, la société KONE et la requérante ont exigé que les informations données restent confidentielles ; que la partie adverse a examiné les justifications avancées et a jugé qu'elles étaient pertinentes ; que la société KONE a répondu par un courrier et un tableau détaillés ; que la décision d'attribution contient un passage sur l'admissibilité des justifications mais a dû les masquer aux autres soumissionnaires ; que les conclusions sont communiquées mais ne sont naturellement pas très détaillées ; et qu'elle est d'accord de lever la confidentialité de ces informations si le Conseil d'État l'ordonne.

Elle considère qu'en tout état de cause, les justifications sont pertinentes ; que la jurisprudence est fixée dans le sens qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de se substituer à l'autorité mais qu'il lui revient de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments ayant justifié la décision de l'autorité, son pouvoir de censure étant limité au contrôle d'une erreur manifeste d'appréciation, et de vérifier que la procédure révèle le caractère complet de l'examen des justifications par l'autorité ; que le marché porte sur la maintenance et le dépannage ; que les soumissionnaires devaient déposer un montant MPSS (montant annuel couvrant toutes les opérations liées à la Maintenance Préventive et au Suivi des rapports des Organismes de contrôle) et un montant DROP (montant annuel couvrant toutes les opérations liées aux éventuels Dépannages et Réparations en Omnium Partielle à réaliser sur les ascenseurs) ; que l'annexe 2 du Cahier spécial des charges prévoit un document qui calcule automatiquement, pour chaque ascenseur, un montant par défaut pour les postes MPSS et DROP (sur la base de données propres à chaque ascenseur – année de construction, type d'entraînement, type de cabine, nombre d'arrêts, nombre et type de portes palières... – en considérant 10 visites annuelles) ; que ce calcul aboutit à un score calculé en points pour chaque ascenseur ; que le soumissionnaire est invité à remettre des valeurs pour une série de paramètres permettant d'établir ce score ; que deux paramètres complémentaires permettent de déterminer à partir du score de chaque ascenseur (en points) les montants MPSS-10 et DROP (en euro/an) ; qu'une fois le tableau rempli, les montants MPSS-10 et DROP par défaut sont automatiquement calculés et

apparaissent dans l'inventaire des différents lots ; qu'à côté des « montants par défaut », le CSC permet aux soumissionnaires de proposer un prix « sur mesure » établi sur la base de critères personnels ou suite à une visite ; que le prix personnalisé se substitue à la formule du prix « par défaut » ; que la partie adverse a interrogé la requérante et la société KONE sur leurs prix ; que, contrairement aux marchés de travaux, l'examen de la normalité des prix n'est pas encadré pour les marchés de services ; qu'elle a néanmoins appliqué un raisonnement comparable ; qu'après un premier examen au terme duquel aucun prix ne lui paraissait anormal, elle a effectué une moyenne des prix et a interrogé les soumissionnaires dont les prix étaient supérieurs ou inférieurs de 15 % par rapport à la moyenne ; que la requérante et la société KONE ont été interrogées pour les prix proposés pour les lots 1, 2, 6, 11 et 12 ; que la société KONE a justifié ses prix de façon étayée, a expliqué sa stratégie et a communiqué un tableau détaillant la composition de ses prix et exposant sa marge bénéficiaire ; que la partie adverse a conclu à la normalité des prix proposés par la société KONE et s'est assurée que cette dernière pourra exécuter le marché ; que tout ceci ressort bien de la lecture de la version complète de la décision d'attribution, déposée à titre confidentiel ; que l'arrêt n° 240.661 du 5 février 2018 admet qu'une décision d'attribution soit, dans la version communiquée à un soumissionnaire, expurgée de passages contenant des informations confidentielles ; que le caractère suffisant de la motivation doit donc s'apprécier au regard de la demande de confidentialité exigée par les soumissionnaires eux-mêmes ; que la décision mentionne néanmoins la conclusion selon laquelle « L'ensemble des éléments devant être inclus pour une bonne exécution est donc couvert et le détail du prix ainsi que les explications fournies sont cohérents et permettent d'établir que le prix n'est pas anormal. Il nous permet d'écarter la vente à perte de même que la spéculation sur les quantités présumées. Compte tenu de ces éléments, le pouvoir adjudicateur considère que les prix offerts ne sont pas anormaux et ne constitue[nt] pas une irrégularité » ; et que ce passage permettait donc à la requérante de constater que la partie adverse avait correctement effectué son travail.

Elle soutient qu'elle n'a pas méconnu le principe d'égalité ; que la requérante n'explique pas les raisons pour lesquelles les prix remis par la société OTIS paraissaient anormaux ; que la vérification des prix n'est pas encadrée en matière de marchés de services ; qu'elle a néanmoins appliqué le même mécanisme qu'en marché de travaux et a effectué une moyenne des prix ; qu'elle a interrogé les soumissionnaires dont les prix étaient inférieurs ou supérieurs de plus de 15 % à la moyenne des prix, dès lors qu'aucun prix ne lui était apparu anormal suite à un premier examen ; qu'il est apparu que les prix remis par la société OTIS se

trouvaient dans cette fourchette de 15 % ; et qu'elle n'a donc pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en n'interrogeant pas la société OTIS sur ses prix et a respecté le principe d'égalité en appliquant le même procédé à tous les soumissionnaires.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique que le seul passage de la motivation de l'acte attaqué est la conclusion, qui ne permet pas de vérifier la réalité et la pertinence des éléments et motifs qui ont justifié la décision selon laquelle le prix de la société KONE n'est pas anormal ; qu'il s'agit de clauses de style appliquées indifféremment à la requérante et à la société KONE ; que la jurisprudence du Conseil d'État est fixée dans le sens que l'appréciation du caractère normal des prix doit faire l'objet d'une motivation précise ; et que, sur la base du dossier administratif qui n'est pas confidentielle, le moyen est fondé.

D. Dernier mémoire de la requérante

La requérante formule les observations suivantes :

« (i) En ce qui concerne la justification de prix donnée par KONE

32. C'est bien évidemment à tort que la partie adverse tente de justifier l'insuffisance de la motivation formelle de l'Acte attaqué, en alléguant que la partie requérante ni Monsieur le Premier Auditeur ne conteste la méthode suivie par la partie adverse et le bien-fondé de l'admissibilité des justifications apportées par la société KONE.

En effet, la partie adverse a rendu impossible tout contrôle et débat quant à la méthode suivie par elle et le bien-fondé de l'admissibilité des justifications apportées par KONE, en omettant de motiver formellement l'acte attaqué à ce sujet.

33. Dans son dernier mémoire, la partie adverse tente en outre de défendre sa position en se référant à certains arrêts de Votre Conseil.

Toutefois, une lecture complète de cette jurisprudence ne fait que confirmer que la partie adverse n'a pas respecté son devoir de motivation formelle tel qu'interprété par ces arrêts :

- Il résulte en effet de l'arrêt n° 243.447 du 22 janvier 2019 de Votre Conseil que [...] :

“ On peut admettre que, se référant à des justifications de prix, un pouvoir adjudicateur adopte, en raison d'impératifs liés à la confidentialité, une motivation en termes brefs, en demeurant allusif sur certaines raisons l'ayant amené à reconnaître la pertinence des justifications du prix. Une telle motivation ne peut, toutefois, être excessivement laconique et doit permettre, d'une part, de vérifier que le pouvoir adjudicateur a analysé les justifications invoquées avec soin et, d'autre part, de comprendre les raisons pour lesquelles

il a admis ces justifications”.

En l’espèce, la partie adverse a noirci l’ensemble de sa motivation en ce qui concerne l’acceptation de la justification de prix de KONE, sauf une conclusion stéréotypée, identique à celle utilisée par la partie adverse pour la justification de prix donnée par la partie requérante. Il est évident que cette motivation formelle ne permet aucunement de vérifier que la partie adverse a analysé les justifications avec soin, ni de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a admis ces justifications.

- Il résulte en effet de l’arrêt n° 240.661 du 5 février 2018 de Votre Conseil que [...] :

“ 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)”.

Cette décision confirme donc l’exigence selon laquelle la motivation doit permettre à (i) comprendre qu’une analyse sérieuse des prix a bien eu lieu, de même qu’une comparaison des offres, et de comprendre le raisonnement de l’acceptation de la justification. En l’espèce, la motivation formelle de l’acte attaqué communiquée à la partie requérante ne répond manifestement pas à cette double exigence.

(ii) En ce qui concerne l’omission de demander une justification de prix à OTIS

34. Il est vrai que la partie adverse explique, pour la première dans son mémoire en réponse, avoir appliqué à tous les soumissionnaires la même méthode d'examen de la normalité des prix, notamment en sollicitant des justifications des soumissionnaires dont le prix s'écartait de plus de 15 %, à la hausse ou à la baisse, du prix moyen.

35. Cependant, pour les deux lots concernés, à savoir lot 2 et lot 12, seulement trois propositions de prix ont été formulés, dont chaque fois deux prix d'un niveau similaire, et un prix divergeant très fortement vers le haut (lot 2 : 1,778 et 1,604 million versus 1,139 million EUR) ou le bas (108 mille et 111 mille *versus* 161 mille EUR).

Pièce 5 : rapport d'analyse des offres

Après vérification des prix et rectifications des erreurs arithmétiques, les offres se présentent comme suit :

PA	Sites concernés	COOPMAN ORONA Mannebeekstraat 3 8790 Waregem	KONE Rue de Bretagne 24 1200 Woluwé Saint Lambert	OTIS A Gossetlaan 28A 1702 Dilbeek	SCHINDLER Rue de la Source 15 1060 Saint Gilles
Lot 1	CHU Brugmann	Sites VICTOR HORTA et NEWPAUL BRIEN	1.139.977,30		1.778.724,20
Lot 2	CHU Saint-Pierre	Sites PORTE de HAL (hors 800) et CESAR DE PAERE	1.179.979,90	1.604.992,40	1.732.756,30
Lot 3	CHU Saint-Pierre	Site PORTE DE HAL : Bâtiment 800	75.673,40	96.824,20	98.736,00
Lot 4	CHU Saint-Pierre	Clinique ANTOINE DEPAGE	34.981,10		39.784,80
Lot 5	CPAS de Bruxelles	Établissements de type MR/MRS (plusieurs adresses)	417.915,60		528.675,00
Lot 6	CPAS de Bruxelles	Patrimoine privé et public (plusieurs adresses)	1.637.121,70		2.353.357,10
Lot 7	IRIS SUD	Site SARON LAMBERT	192.861,90		190.078,90
Lot 8	IRIS SUD	Site ETTERBEEK BELLES	376.842,40		385.566,50
Lot 9	IRIS SUD	Site JOSEPH BRACOPS	356.937,90		358.656,10
Lot 10	IRIS SUD	Site MOULIERE LONGCHAMP	234.994,10		229.234,50
Lot 11	HUDERF	Hôpital Universitaire des Enfants Reine Fabiola	198.427,90		335.170,00
Lot 12	INSTITUT BORDET	Institut Jules Bordet	108.166,74	111.637,02	161.066,73
TOTAL		428.085,90 €	5.975.030,74 €	1.716.629,42	8.191.806,13

Dans de telle circonstances, la méthode de justification suggérée *post factum* par la partie adverse dans son mémoire en réponse est manifestement inadéquate, à cause de nombre limité de prix offerts et au regard de la circonstance que les prix offerts par OTIS pour lot 2 était d'un niveau similaire de ceux offerts par la partie requérante à qui une justification de prix a été demandée, et d'un niveau extrêmement divergeant du prix offert par KONE à qui une justification a été demandée également. Il en va de même, mutatis mutandis pour le lot 12. Cette différence de traitement viole les règles et principe visés par le deuxième moyen ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le second moyen exprime deux griefs, portant, l'un, sur la motivation formelle de la décision de considérer comme normaux les prix proposés par le soumissionnaire Kone et, l'autre, sur la différence de traitement injustifiée dont aurait bénéficié le soumissionnaire Otis qui n'a pas été invité à justifier ses prix, pourtant comparables – selon la requête – à ceux de la requérante, alors que celle-ci a bien été invitée à justifier les siens.

Au titre du premier grief, la requérante fait valoir en substance que, dans la version du rapport d'analyse des offres qui lui a été communiquée et dans laquelle ont été noircies la plupart des mentions constituant la motivation de la décision de considérer les prix du soumissionnaire Kone comme n'étant pas anormaux, le seul passage maintenu lisible apparaît n'être qu'une clause de style, utilisée tant pour motiver l'acceptation des justifications fournies par ce soumissionnaire qu'à propos de celles qui l'ont été par la requérante. Elle estime que l'exigence de motivation formelle qui s'imposait à la partie adverse ne peut être tenue pour rencontrée.

L'obligation de motivation formelle, à laquelle le pouvoir adjudicateur est tenu en vertu des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, afin de pouvoir apprécier l'opportunité et – le cas échéant – la manière d'exercer les recours dont il peut disposer, mais également au Conseil d'État de contrôler la manière dont cette autorité a, le cas échéant, exercé son pouvoir d'appréciation. Elle exerce notamment un tel pouvoir lorsqu'elle doit se prononcer sur la régularité d'une offre dont les prix présentaient une apparence d'anormalité sur laquelle elle doit statuer après avoir invité les soumissionnaires concernés à justifier ces prix. Lorsque, comme en l'espèce, la motivation mobilise des renseignements qui, conformément à l'article 10, § 1^{er}, 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, ne peuvent être divulgués, la mesure dans laquelle l'autorité permettra de réaliser ces objectifs de l'obligation de motivation formelle risque nécessairement d'en être affectée.

À lecture du rapport d'analyse des offres, dans sa version déposée à titre confidentiel, il apparaît que, procédant de la même manière pour traiter les justifications fournies tant par le soumissionnaire Kone que par la requérante, la partie adverse a pris appui sur des éléments de justification fournis par ces soumissionnaires, auxquels elle se réfère et qui correspondent aux mentions noircies dans la version rendue accessible à la requérante. Loin de reproduire servilement l'ensemble des justifications fournies, la partie adverse a identifié celles qui l'incitaient à considérer que les prix proposés n'étaient pas anormaux, ce qui atteste l'effectivité de la vérification à laquelle elle a procédé et rend compte de ce qui, à ses yeux, permettait de justifier à suffisance les prix proposés. S'il se comprend que la conclusion énoncée en termes identiques pour les deux soumissionnaires concernés puisse faire craindre l'usage d'une clause de style, elle révèle néanmoins

tout son sens à la lumière des mentions rendant compte de ceux des éléments de justification jugés précisément déterminants par la partie adverse et qu'elle ne pouvait laisser lisibles sans se rendre coupable d'un manquement à ses obligations de protection de la confidentialité de ces éléments. Ainsi considérée, la motivation permet bien au Conseil d'État de vérifier l'effectivité de l'analyse des justifications avancées ; si elle ne permet pas à la requérante de comprendre suffisamment les raisons précises qui ont incité la partie adverse à admettre les prix proposés par le soumissionnaire Kone, cette situation résulte, non d'une motivation déficiente, mais de l'occultation imposée par la nécessaire conciliation entre des obligations conçues au service d'intérêts contradictoires ; elle ne peut, pour cette raison, être imputée à un manquement de la partie adverse aux obligations qui lui incombent en matière de motivation formelle. La requérante ne peut qu'en être parfaitement consciente puisqu'elle a elle-même demandé que soit maintenue la confidentialité des justifications fournies de ses prix. Pour le surplus, elle ne fait nullement valoir qu'en raison de la situation critiquée, elle se serait trouvée dans l'impossibilité d'apprécier l'opportunité et – le cas échéant – la manière d'exercer les recours dont elle dispose. Le premier grief ne peut, en conséquence, être déclaré fondé.

S'agissant du deuxième grief, il ressort du dossier administratif, et notamment du « Tableau 4 Comparatif des offres complètes », que les services de la partie adverse ont calculé, pour chaque prix proposé, l'écart entre celui-ci et la moyenne de l'ensemble des prix et qu'ont été invités à fournir des justifications les seuls soumissionnaires dont les prix étaient supérieurs ou inférieurs de plus de 15% par rapport à cette moyenne. En appliquant cette méthode à l'ensemble des offres, il est apparu que le montant de celle du soumissionnaire Otis n'était pas inférieur ou supérieur de plus de 15% par rapport à la moyenne, de sorte qu'il n'a pas été interrogé. Au vu de ces éléments, il ne peut être reproché à la partie adverse d'avoir fait bénéficier le soumissionnaire Otis d'une différence de traitement injustifiée. Dans son dernier mémoire, la requérante soutient que la méthode de vérification des prix mise en œuvre par la partie adverse était « manifestement inadéquate, à cause [du] nombre limité de prix offerts et au regard de la circonstance que les prix offerts par OTIS pour [le] lot 2 était d'un niveau similaire [à] ceux offerts par la partie requérante à qui une justification de prix a été demandée, et d'un niveau extrêmement divergeant du prix offert par KONE à qui une justification a été demandée également » ; cette critique est toutefois étrangère au grief du moyen portant sur une différence de traitement injustifiée. Il suit de l'ensemble des réponses qu'appelle la thèse de la requérante que le second grief n'est pas fondé.

En conclusion, le second moyen n'est pas fondé.

VII. Confidentialité

Les parties demandent que soit maintenue la confidentialité de plusieurs pièces versées dans leurs dossiers respectifs.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État, la demande de maintien de la confidentialité est devenue sans objet.

VIII. Indemnité de procédure et autres dépens

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

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

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

Le rejet du recours en annulation justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la requérante.

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

Article 1^{er}.

Il est donné acte à la requérante de son désistement du recours en tant que celui-ci porte sur l'attribution des lots 5 et 6 du marché litigieux.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
23 novembre 2021 par :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Florence Piret,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky