

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

n^o 257.124 du 19 juillet 2023

A. 239.321/VI-22.588

En cause : **la société à responsabilité limitée MOZER BELUX,**
ayant élu domicile chez
M^e Stéphane RIXHON, avocat,
boulevard du Souverain 68/7
1170 Watermael-Boitsfort,

contre :

la SNCB,
ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER et
Robin MEYLEMANS, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

la société anonyme POTIEZ-DEMAN,
ayant élu domicile chez
M^{es} Gregory LEBRUN, Natassja WALSCHOT
et Caroline MOUCHET, avocats,
avenue du Boulevard 21
1210 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 juin 2023, la SRL Mozer Belux demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision motivée d'attribution du marché "Contrat-cadre national pour les services de déménagement et de transport en 5 lots", ainsi que l'annexe 1, le tout annexé au courrier du 1^{er} juin 2023 de la SNCB ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 15 juin 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 30 juin 2023.

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

Par une requête introduite le 29 juin 2023, la SA Potiez-Deman demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

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

M^e Stéphane Rixhon, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Robin Meylemans, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Gregory Lebrun et Nastassja Walschot, avocats, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur adjoint 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 utiles à l'examen de la demande

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme il suit :

« 1. La SNCB a publié un avis de marché au Bulletin des adjudications le 22 juin 2022 ainsi qu'au Journal officiel de l'Union européenne le 27 juin 2022 [...] pour la conclusion d'un accord-cadre pour des services de déménagement et de transport pour une durée de 8 ans. Le guide de sélection accompagnait les avis de marché [...].

2. La procédure de passation est la procédure négociée avec mise en concurrence préalable visée à l'article 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après "Loi du 17 juin 2016").

3. Le marché est divisé en cinq lots :

- Lot 1 : Zone Nord-Est (Provinces d'Anvers, du Limbourg, et une partie du Brabant Flamand);
- Lot 2 : Zone Nord-Ouest (Provinces de Flandre orientale, de Flandre occidentale et une partie du Brabant Flamand);

- Lot 3 : District Centre (Région Bruxelles Capitale);
- Lot 4 : Zone Sud-Est (Provinces du Brabant Wallon, de Liège et du Luxembourg);
- Lot 5 : Zone Sud-Ouest (Provinces du Hainaut et Namur).

4. Le 17 août 2022, 8 opérateurs économiques ont déposé une demande de participation :

- Demenagements Pierson B.
- Dockx Movers nv
- Mozer Belux
- Potiez-Deman
- Vervaet Verhuis
- Independent Moving Company
- On Time Logistics
- Transmoove

5. La SNCB a sélectionné les 8 candidats [...].

6. La SNCB a communiqué le cahier des charges aux candidats sélectionnés (partie administrative du cahier des charges [...]).

7. Le 18 janvier 2023, cinq soumissionnaires ont remis une offre :

- Demenagements Pierson B.
- Dockx Movers nv
- Mozer Belux
- Potiez-Deman
- Vervaet Verhuis

8. La première offre de Demenagements Pierson a été considérée comme non-conforme car il y manquait des informations pour évaluer le critère d'attribution "CSR et aspects environnementaux". En outre, pour le critère "Qualité organisationnelle de l'offre", la note "médiocre" a été obtenue, ce qui constituait un motif d'irrégularité en vertu du cahier des charges.

9. Par un courrier du 14 mars 2023, la SNCB a demandé, sur la base de l'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux (ci-après, "Arrêté royal du 18 juin 2017"), à la société Potiez-Deman de fournir toutes les informations nécessaires à la compréhension de son prix [...]. Le 28 mars 2023, la société Potiez-Deman a répondu à la demande de la SNCB [...].

10. Par un courrier du 14 mars 2023, la SNCB a demandé, sur la base de l'article 44 de l'Arrêté royal du 18 juin 2017, à la société Vervaet Verhuis de fournir toutes les informations nécessaires à la compréhension de son prix [...]. Par un courriel du 15 mars 2023, la société Vervaet Verhuis a répondu à la demande de la SNCB [...].

11. Par un courrier du 12 avril 2023, la SNCB a demandé aux soumissionnaires en lice de remettre une meilleure offre. L'invitation à remettre une meilleure offre précisait que : "Sans réponse de votre part avant l'échéance de la date limite susmentionnée, ou en cas de réponse tardive, votre offre précédente sera prise en considération pour l'évaluation des offres dans le cadre du présent marché pour autant que celle-ci soit encore valable" [...].

12. Le 21 avril 2023, trois soumissionnaires ont remis une meilleure offre :

- Dockx Movers nv

- Potiez-Deman
- Vervaet Verhuis

13. Les inventaires de prix remis par Dockx Movers, Potiez-Deman et Vervaet Verhuis dans leur meilleure offre et l'inventaire de prix remis par la société Mozer dans sa première offre sont repris en pièces confidentielles [...].

14. La SNCB a évalué les offres. Le classement des offres pour les 5 lots est le suivant :

LOT 1	Qualité technique (15 points) échelle de 7 points	Qualité organisationnelle (15 points) échelle de 7 points	Aspects CSR et environnementaux (10 points) échelle de 7 points		Score prix (60 points)	TOTAL	Prix par lot
Dockx Movers NV	10,50	10,50	8,50	29,50	40	69,50	444.690 €
Mozer Belux	12,75	12,75	8,50	34,00	35	69,00	501.312 €
Potiez Deman	10,50	12,75	7,00	30,25	60	90,25	295.220 €
LOT 2	Qualité technique (15 points) échelle de 7 points	Qualité organisationnelle (15 points) échelle de 7 points	Aspects CSR et environnementaux (10 points) échelle de 7 points		Score prix (60 points)	TOTAL	Prix par lot
Dockx Movers NV	10,50	10,50	8,50	29,50	43	72,50	412.190 €
Mozer Belux	12,75	12,75	8,50	34,00	28	62,00	641.712 €
Potiez Deman	10,50	12,75	7,00	30,25	60	90,25	295.220 €
Vervaet Verhuis	12,75	12,75	8,50	34,00	22	56,00	798.520 €
LOT 3	Qualité technique (15 points) échelle de 7 points	Qualité organisationnelle (15 points) échelle de 7 points	Aspects CSR et environnementaux (10 points) échelle de 7 points		Score prix (60 points)	TOTAL	Prix par lot
Dockx Movers NV	10,50	10,50	8,50	29,50	45	74,50	461.900 €
Mozer Belux	12,75	12,75	8,50	34,00	38	72,00	541.410 €
Potiez Deman	10,50	12,75	7,00	30,25	60	90,25	343.051 €
Vervaet Verhuis	12,75	12,75	8,50	34,00	21	55,00	999.600 €
LOT 4	Technische kwaliteit (15 ptn) 7-puntenschaal	Organisatorische kwaliteit (15 ptn) 7-puntenschaal	CSR (10 ptn) 7-puntenschaal		Score prix (60 points)	TOTAL	Prix par lot
Dockx Movers NV	10,50	10,50	8,50	29,50	39	68,50	120.675 €
Mozer Belux	12,75	12,75	8,50	34,00	41	75,00	113.850 €
Potiez Deman	10,50	12,75	7,00	30,25	60	90,25	78.296 €
LOT 5	Qualité technique (15 points) échelle de 7 points	Qualité organisationnelle (15 points) échelle de 7 points	Aspects CSR et environnementaux (10 points) échelle de 7 points		Score prix (60 points)	TOTAL	Prix par lot
Dockx Movers NV	10,50	10,50	8,50	29,50	42	71,50	113.175 €
Mozer Belux	12,75	12,75	8,50	34,00	40	74,00	117.510 €
Potiez Deman	10,50	12,75	7,00	30,25	60	90,25	78.296 €

15. Par des courriers du 1^{er} juin 2023 [...], la SNCB a communiqué aux soumissionnaires la décision d'attribution motivée [...], en ce compris l'annexe 1 [...]. »

IV. Intervention

Par une requête introduite le 29 juin 2023, la SA Potiez-Deman demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire des cinq lots du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité de la demande de suspension

V.1. Thèses des parties

La requérante expose qu'elle a déposé offre pour les cinq lots du marché et que l'offre de partie intervenante a été classée à la première place pour tous les lots. Elle fait valoir que la suspension de l'exécution de la décision d'attribution de ces lots lui permettrait de récupérer une chance de remporter « des lots du marché et en tout cas les lots 4 et 5 ».

La partie adverse rappelle le contenu des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. Elle fait valoir que l'intérêt au recours n'est pas démontré à suffisance par le fait que la requérante a eu un intérêt à obtenir le marché litigieux et que, pour être recevable, le recours doit, en outre, soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé la requérante ou risquant de la léser. Elle renvoie à plusieurs arrêts du Conseil d'État confirmant, selon elle, que la recevabilité du recours est subordonnée à l'existence d'une lésion causée par l'illégalité alléguée. Elle rappelle aussi que la recevabilité d'un recours introduit à l'encontre d'une décision d'attribuer plusieurs lots s'apprécie pour chaque lot séparément. La partie adverse relève qu'en l'espèce, l'offre de la requérante a été classée en troisième position pour les lots 1 à 3 et que celle-ci n'invoque aucun moyen qui concerne la régularité ou l'appréciation de l'offre de la société *Dockx Movers*, classée en deuxième position pour ces trois lots. Elle en déduit que, pour les lots 1 à 3 du marché, les violations alléguées dans le moyen unique de la requête – qui ont exclusivement trait à la régularité de l'offre de la partie intervenante, première classée, et à un défaut de motivation de la décision d'attribution à cet endroit – sont

impuissantes à classer son offre première, devant celle de la société *Dockx Movers*, ce qu'elle détaille. La partie adverse en conclut que la requérante « n'a donc pas été préjudiciée par les violations prétendument contenues dans la décision d'attribuer les lots 1, 2 et 3 à [la société] Potiez-Deman ».

La partie intervenante soutient également que l'intérêt à agir de la requérante est strictement limité à l'attribution des lots 4 et 5 du marché, puisque son offre n'est pas arrivée en ordre utile pour une attribution éventuelle des lots 1 à 3 et qu'elle n'a formulé aucune contestation concernant l'offre de la société *Dockx Movers*, classée deuxième pour ces lots.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15 de 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 dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante.

L'intérêt au recours n'est pas établi par le seul fait que la requérante a ou a eu un intérêt à obtenir les différents lots du marché parce qu'elle a déposé offre pour ces lots. Pour être recevable, le recours doit, en outre, soulever au moins un moyen fondé sur une violation « ayant lésé » ou « risquant de léser » la requérante. La perspective de « récupérer une chance d'obtenir chacun des lots du marché » ne permet pas, en soi, de justifier d'un intérêt à agir.

Par ailleurs, il y a lieu de vérifier l'intérêt de la requérante à contester l'attribution de chaque lot du marché distinctement, les différents lots étant susceptibles d'être attribués séparément, en principe en vue d'une exécution distincte (article 2, 52°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics).

En l'espèce, l'offre de la requérante est classée troisième pour les trois premiers lots du marché, derrière l'offre de la partie intervenante et celle de la société *Dockx Movers*, et, deuxième pour les deux derniers lots, derrière l'offre de la partie intervenante.

La requérante fait valoir, dans la première branche du moyen unique de la requête, que les prix proposés dans l'offre de la partie intervenante sont « anormalement bas », ce qui viole toute une série de règles et devait conduire à l'écartement de cette offre pour les cinq lots du marché. Dans la seconde branche de son moyen unique, elle conteste la motivation de la décision d'attribution en ce qu'elle ne permet pas de comprendre comment la partie adverse a pu considérer que les prix proposés par la partie intervenante sont réguliers.

Les violations invoquées à l'appui du moyen unique ont pu léser la requérante s'agissant de l'attribution des lots 4 et 5 du marché, son offre étant classée deuxième pour ces lots, derrière celle de la partie intervenante.

Concernant l'attribution des lots 1 à 3 du marché, en revanche, le moyen unique soulevé dans la requête, qui porte exclusivement sur la régularité de l'offre de l'adjudicataire – ce que la requérante ne conteste pas à l'audience – n'est *prima facie* pas de nature à modifier le classement en sa faveur, son offre n'étant, pour ces trois lots, classée qu'en troisième position derrière celle de la partie intervenante et celle de la société *Dockx Movers*. Les illégalités alléguées à l'appui du moyen unique de la requête ne suffisent pas, à elles seules, à justifier d'une lésion ou d'un risque de lésion dans le chef de la requérante, dès lors que celle-ci ne critique, en outre, nulle part dans sa requête, la régularité de l'offre de la société *Dockx Movers* ou l'évaluation de cette offre par rapport à la sienne.

La demande de suspension est irrecevable en tant qu'elle est dirigée contre la décision d'attribution des lots 1 à 3 du marché litigieux.

VI. Moyen unique

VI.1. Thèse des parties

1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation « de la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11 (égalité et non-discrimination, et proportionnalité); de la loi relative aux marchés publics du 17 juin 2016, notamment ses articles 4 (égalité, non-discrimination et transparence), 43 (accord-cadre), 81 (critères d'attribution), 84 (contrôle des prix), 153 (prix anormalement bas); 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, notamment ses articles 4 et suivants (motivation); de la

loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; de l'arrêté royal du 6 septembre 2012 modifiant l'arrêté royal du 22 janvier 2010 instituant des Sous-commissions paritaires du transport et de la logistique et fixant leur dénomination et leur compétence, notamment son article 2 instituant la sous-commission paritaire du déménagement, de l'arrêté royal de 2017 portant sur la passation des marchés publics, notamment ses articles 25 et suivants (détermination des prix) et 35 et 36 (contrôle des prix); du cahier spécial des charges, notamment son point 14 sur les critères d'attribution; des principes généraux de droit, notamment les principes d'égalité, de non-discrimination et de proportionnalité, de transparence, de minutie, de confiance légitime, à la motivation au fond et en la forme des actes administratifs; de l'absence, l'erreur, l'insuffisance ou la contrariété dans les causes ou les motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Dans une seconde branche, la requérante fait valoir que la partie adverse s'est livrée à un contrôle de la normalité des prix proposés, mais que la décision d'attribution ne permet pas « de comprendre pourquoi les prix de [la société] Potiez-Deman seraient réguliers ». Elle soutient que la motivation est « stéréotypée et [n'est] aucunement adéquate », le seul motif qu'après l'analyse des offres, le prix est correct et acceptable s'apparentant à une clause de style et ne constituant pas une explication sur les raisons ayant conduit l'adjudicateur à reconnaître la pertinence des justifications apportées par le soumissionnaire. Elle en déduit que les articles 4 et suivants de la loi du 17 juin 2013 précitée ainsi que la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs sont violés, de même que « les principes généraux de motivation au fond et en la forme des actes administratifs [...] à défaut d'explicitement de manière adéquate les motifs qui ont permis de retenir l'offre de [la société] Potiez-Deman » puisque « en l'état, rien ne permet [...] de comprendre ce qui a justifié la décision du pouvoir adjudicateur ».

2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste d'abord la recevabilité du moyen dans la mesure où « il ne développe pas la manière dont plusieurs règles sont violées ». Elle fait notamment valoir que la requérante n'explique pas le contenu du principe général de droit de « la motivation au fond et en la forme des actes administratifs » ni en quoi ce principe est violé. Elle estime également que le moyen est irrecevable « en ce qu'il invoque la violation générale des lois ou arrêtés royaux (tous articles confondus) » parce que « la règle de droit violée n'est pas suffisamment identifiée ».

Sur la seconde branche du moyen, elle répond ce qui suit :

« [...] Par son courrier du 14 mars 2023, la SNCB a demandé à la société Potiez-Deman de “fournir toutes les informations nécessaires à la compréhension de ces prix. En d’autres termes, la SNCB doit comprendre comment vous êtes arrivés à ces prix”.

Ce courrier, s’il mentionne certes comme fondement l’article 44 de l’arrêté royal du 18 juin 2017, avait pour objectif de comprendre la décomposition du prix de Potiez-Deman.

Dès lors, sauf à dévoiler la décomposition du prix de Potiez-Deman, ce qui constituerait une violation du secret d’affaires, la SNCB n’a pu que confirmer, dans sa décision d’attribution, que les informations fournies par Potiez-Deman n’ont pas fait apparaître d’anormalité. Compte tenu de la confidentialité apparente des informations fournies dans son courrier, la SNCB estime avoir respecté son obligation de motivation formelle.

[...] Le moyen unique n’est pas sérieux ».

3. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante conteste également la recevabilité du moyen unique. Elle fait notamment valoir que, s’agissant 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, seul l’article 4 est explicitement mentionné et est dès lors « inclus dans la saisine [du Conseil d’État] », que, concernant la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, « les dispositions précises ou règles de droit prétendument violées ne sont pas identifiées » et qu’aucune explication ne permet de comprendre en quoi le principe général de droit de « la motivation au fond et en la forme des actes administratifs » serait violé.

Quant à la seconde branche, elle fait valoir les éléments suivants :

« [...] Il est constant que “lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, il examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, le pouvoir adjudicateur dispose d’un large pouvoir d’appréciation”.

[...] Ainsi, Votre Conseil a jugé que “lorsqu’il est invité à contrôler l’appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d’État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur”.

[...] Dans la décision d’attribution, le pouvoir adjudicateur a valablement indiqué ce qui suit :

“ L’évaluation des prix, conformément à l’article 43, a montré que les prix proposés paraissant anormalement bas ou élevés, une enquête a été effectuée sur les offres présentées par les entreprises Potiez Deman et Vervaeke Verhuys.

La SNCB a demandé aux deux entreprises de fournir les justifications écrites nécessaires sur la composition du prix jugé anormal dans un délai de 12 jours.

Sur la base de l’analyse des informations reçues des deux sociétés, la SNCB que les explications données expliquent les prix indiqués et que le montant total de l’offre ne présente pas de caractère anormal”.

[...] Cette motivation est d’ailleurs appuyée par le dossier administratif, dont la pièce 15 est un courrier interne du pouvoir adjudicateur dans lequel il analyse le

courrier du 28 mars 2023 de la requérante en intervention – qui contient la note expliquant de manière détaillée les prix qu’elle propose dans le cadre de son offre –, ce afin de vérifier que les prix présentés par cette dernière ne sont pas anormalement bas.

[...] Or, il ressort de la jurisprudence constante de Votre Conseil que la motivation du pouvoir adjudicateur considérant qu’une offre est régulière après avoir vérifié que les prix ne sont pas anormalement bas peut valablement figurer dans le dossier administratif et ne doit pas nécessairement être reproduite en intégralité dans la décision d’attribution.

[...] En effet, dans l’arrêt n° 233.365 du 24 décembre 2015, Votre Conseil a rappelé qu’ “il doit [...] vérifier si le pouvoir adjudicateur, en présence de prix qui s’écarteraient à la fois de la logique et de ceux proposés par les autres adjudicataires, en a contrôlé la normalité et l’a justifiée, soit par un raisonnement ressortant du dossier administratif, soit à la lumière des justifications sollicitées auprès du soumissionnaire”.

[...] Dans l’arrêt n° 231.500 du 9 juin 2015, Votre Conseil a en outre mentionné que “la seule question pertinente est de savoir si, au regard des spécificités du marché concerné, le pouvoir adjudicateur a pu tenir ces justifications pour acceptables sans commettre une erreur manifeste d’appréciation”.

[...] En l’espèce, la décision d’attribution indique très clairement que le Pouvoir adjudicateur a (i) demandé à Potiez-Deman de lui fournir des “justifications écrites nécessaires sur la composition du prix jugé anormal” et (ii) considéré, sur la base de l’analyse des informations reçues de Potiez-Deman, que “les explications données expliquent les prix indiqués et que le montant total de l’offre ne présente pas de caractère anormal”.

[...] À toutes fins, soulignons que le pouvoir adjudicateur n’aurait quoi qu’il en soit pas pu valablement inclure davantage d’informations dans sa décision d’attribution, sauf à violer la confidentialité et le secret d’affaires attaché aux prix des soumissionnaires et à la manière dont ceux-ci sont déterminés.

[...] Votre Conseil a bien reconnu cette réalité dans sa jurisprudence spécifique, et notamment dans son arrêt n° 252.190 du 23 novembre 2021 :

“ 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”.

Votre Conseil en a conclu que :

“ 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”.

[...] Il résulte de ce qui précède que, dans la décision critiquée, le pouvoir adjudicateur a bel et bien respecté son obligation de motivation, combinée à celle lui imposant de préserver la confidentialité des éléments de prix ou de détermination des prix des soumissionnaires.

[...] À la lumière de ce qui précède, la deuxième branche du [moyen unique] manque donc tant en droit qu'en fait, de sorte que le moyen n'est pas sérieux. »

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans la seconde branche de son moyen, la requérante dénonce notamment une violation de l'obligation de motivation formelle, en reprochant à la décision d'attribution attaquée de ne pas indiquer en quoi les justifications apportées par la partie intervenante ont pu conduire la partie adverse à considérer comme normaux les prix proposés par cette société.

Les parties adverse et intervenante ne contestent pas la recevabilité du moyen en tant qu'il invoque la violation de l'article 4 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 disposition impose à l'autorité adjudicatrice, dans le cadre de la passation d'un marché, de rédiger une « décision motivée [notamment] lorsqu'elle attribue un marché ». La loi du 17 juin 2013 ne déroge pas à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, mais précise les éléments à énoncer dans la motivation. Elle ne supprime, en particulier, pas l'obligation de fournir une motivation adéquate énoncée par l'article 3 de cette loi.

Une lecture bienveillante de la requête permet de comprendre que la requérante vise, à l'appui de la seconde branche de son moyen, à titre de règles violées, ensemble, les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 précitée et les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 précitée.

L'obligation de motivation formelle, à laquelle l'autorité adjudicatrice est tenue doit notamment permettre aux destinataires d'une décision de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à l'adopter, vérifier que celle-ci s'est livrée à un

examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire et apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont ils peuvent disposer.

Lorsque l'adjudicateur juge nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier certains prix, la décision de ne pas considérer comme « anormalement bas » les prix de l'offre doit faire l'objet d'une motivation précise, faisant ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels l'adjudicateur a fondé cette décision. Il en va d'autant plus ainsi que l'adjudicateur dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation, dont le corollaire est une obligation de motivation étendue.

Il ressort des pièces du dossier administratif que la partie adverse a interrogé la partie intervenante sur les prix proposés dans son offre pour les cinq lots du marché, en application de l'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux. Comme le révèle la partie intervenante dans sa requête en intervention, cette demande portait, plus précisément, sur « les prix d'un déménageur de 8h/jour [...] prix qui sont anormalement bas en comparaison des autres soumissionnaires » et demandait notamment de « fournir toutes les informations nécessaires à la compréhension de ces prix ». La partie intervenante a répondu à cette demande par un courriel du 28 mars 2023, lequel contient les justifications de ses prix.

La décision d'attribution se limite, sous l'intitulé « motivation de l'évaluation [des offres] », à mentionner ce qui :

« Prix :
L'évaluation des prix, conformément à l'article 43, a montré que les prix proposés paraissant anormalement bas ou élevés, une enquête a été effectuée sur les offres présentées par les entreprises Potiez Deman et Vervaet Verhuis.
La SNCB a demandé aux deux entreprises de fournir les justifications écrites nécessaires sur la composition du prix jugé anormal dans un délai de 12 jours.
Sur la base de l'analyse des informations reçues des deux sociétés, la SNCB que les explications données expliquent les prix indiqués et que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal ».

D'une part, une telle motivation ne permet pas d'identifier correctement les difficultés auxquelles la partie adverse a été confrontée à l'occasion du contrôle des prix (identification de prix apparaissant anormalement bas ou anormalement élevés et demande de justifications formulées sur la base de l'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité). D'autre part, la seule mention que « les explications données expliquent les prix indiqués et que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal » s'apparente à une clause de style : elle ne permet

aucunement de comprendre ce qui a déterminé la partie adverse à décider que les prix proposés étaient admissibles en dépit de leur apparente anormalité.

Sans doute, ne peut-il être reproché à la décision d'attribution de ne pas rendre compte de toutes les précisions que contenaient les explications données par la partie intervenante, si certaines d'entre elles pouvaient relever du secret d'affaires et bénéficier, à ce titre, de la confidentialité. Dans la mesure où un examen effectué en extrême urgence permet d'en juger, la partie adverse était toutefois parfaitement en mesure de résumer la teneur des justifications fournies par la partie intervenante, sans devoir divulguer les données spécifiques relevant, le cas échéant, du secret d'affaires. Le conseil de la partie adverse s'est d'ailleurs livré à cet exercice en divulguant tardivement, à l'audience, certains éléments des justifications contenues dans le courriel d'explications de la partie intervenante du 28 mars 2023.

Le principe de protection des informations confidentielles doit être concilié avec le devoir de motivation formelle qui s'impose à l'adjudicateur et les exigences d'une protection juridictionnelle effective. À défaut de connaître plus précisément les raisons qui ont conduit à décider de la normalité des prix proposés par la partie intervenante, la requérante n'a pas été mise en mesure d'apprécier, dans la perspective de l'exercice d'un éventuel recours, si la partie adverse a pu méconnaître les principes et dispositions relatifs au contrôle des prix. Par ailleurs et contrairement à ce que semble affirmer la partie intervenante, la motivation de la décision d'attribution ne paraît pas pouvoir trouver un prolongement évident dans la pièce 15 du dossier administratif, laquelle ne permet pas *prima facie*, à elle seule, de s'assurer de l'effectivité de l'analyse opérée par la partie adverse sur les justifications avancées par la partie intervenante.

La partie adverse n'a pas satisfait à l'obligation de motivation formelle qui lui incombait en adoptant l'acte attaqué.

Dans cette mesure, le premier moyen, dans sa seconde branche, est sérieux.

VII. Balance des intérêts

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

VIII. Confidentialité

VIII.1. Thèses des parties

La requérante demande que l'offre et ses annexes qu'elle a déposées dans le cadre du marché litigieux soient tenues confidentielles (pièces 3.1 et 3.2 annexées à la requête), celles-ci ressortant du secret d'affaires. Elle sollicite également la confidentialité de pièces qu'elle dépose pour « démontrer que le prix de l'offre de [la société] Potiez-Deman est manifestement trop faible ». Il s'agit d'un « document récapitulatif du coût du personnel » qu'elle a elle-même établi (pièce 4) et de « documents relatifs [à un] précédent marché de la Commission européenne (pièces 5.1, 5.2, 5.3 et 5.4) ». À la demande de l'auditeur en charge de l'instruction de l'affaire, la requérante a communiqué la pièce 5.3 aux autres parties. Concernant les pièces 5.1, 5.2 et 5.4, elle déclare à l'audience refuser leur divulgation en affirmant qu'elles relèvent du secret d'affaires, dès lors qu'elles « contiennent un découpage assez précis de l'offre qu'elle a déposée dans le cadre de ce précédent marché ».

La partie adverse demande au Conseil d'État de garantir la confidentialité de tous les documents identifiés, dans son inventaire, comme « confidentiels », pour ne pas nuire au principe de libre concurrence et au secret d'affaires. Il s'agit des pièces suivantes du dossier administratif : pièces 6 à 10 (inventaires des prix des cinq soumissionnaires), 11 à 14 (échanges de courriers en matière de justifications des prix), 15 (intitulée, dans l'inventaire, « analyse du courrier de Potiez-Deman – courrier interne »), 24 à 26 (inventaires des prix – premières offres des sociétés Vervae, Potiez et Dockx), 27 et 28 (première et meilleure offres de la société Potiez-Deman) et 29 (intitulée dans l'inventaire « vérification des prix par la SNCB »). La partie adverse demande, en revanche, la levée de la confidentialité de l'ensemble de la pièce 5 annexée à la requête, en précisant, à l'audience, que les éventuelles données confidentielles qu'elle contient peuvent être caviardées.

La partie intervenante sollicite le traitement confidentiel de son offre et de sa note explicative du 28 mars 2023 ainsi que de ses annexes, déposées au dossier administratif. Elle indique, à l'audience, renoncer à la levée de la confidentialité de la pièce 5 annexée à la requête.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le caractère confidentiel des pièces 5.1 et 5.2 annexées à la requête n'apparaît pas évident. La pièce 5.1 est un courrier de la requérante dans lequel elle demande à la Commission européenne de ne pas attribuer le premier lot d'un marché à la partie intervenante compte tenu des prix proposés par cette société. La pièce 5.2 est la réponse de la Commission européenne à ce courrier. Contrairement à ce que la requérante affirme, ces deux pièces ne contiennent aucun « découpage assez précis de l'offre qu'elle a déposée dans le cadre de ce précédent marché ». Le Conseil d'État ne perçoit pas ce qui devrait empêcher la divulgation de ces deux pièces.

Ceci étant, la requérante indique déposer ces pièces ainsi que les pièces 4 et 5.4 afin de « démontrer que le prix de l'offre de [la société] Potiez-Deman est manifestement trop faible », à l'appui de la première branche de son moyen unique. À ce stade, ces pièces ne sont pas utiles à la solution de l'affaire, le Conseil d'État n'examinant et ne retenant comme sérieux que le grief tiré d'un défaut de motivation formelle, invoqué dans la seconde branche du moyen unique.

Pour ce qui concerne les autres pièces déposées par les parties, les demandes de confidentialité ne sont pas contestées. Il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité de ces pièces.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Potiez-Deman est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision prise par la partie adverse d'attribuer à la SA Potiez-Deman les lots 4 et 5 du marché public intitulé « Contrat-cadre national pour les services de déménagements et de transports en 5 lots » (CS5/0003419691) pour une durée de huit ans, décision communiquée aux soumissionnaires par des courriers du 1^{er} juin 2023, est ordonnée.

La demande est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 6 à 15 et 24 à 29 du dossier administratif et les pièces 3.1, 3.2, 4, 5.1, 5.2 et 5.4 annexées à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 19 juillet 2023, par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret