

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n° 257.190 du 25 août 2023

A. 239.811/VI-22.628

En cause : **la société à responsabilité limitée SYMOBO,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Wouter MOONEN, Thomas CHRISTIAENS
et Manon DE WESER, avocats,
gouverneur Roppesingel 131
3500 Hasselt,

contre :

la ville de Verviers,
représentée par son collègue communal,
ayant élu domicile chez
M^{es} Pierre HENRY et Gaëtan BIHAIN, avocats,
rue du Palais 64
4800 Verviers,

Partie requérante en intervention :

la société anonyme DEGOTTE,
ayant élu domicile chez
M^{es} Eric LEMMENS et Elisabeth KIEHL, avocats,
boulevard de la Sauvenière 68/2
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 9 août 2023, la société à responsabilité limitée (SRL) Symobo demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du Collège communal de la Ville de Verviers du 20 juillet 2023 par laquelle le marché public pour “travaux de démolition et de reconstruction de l'école d'Ensival – Location / achat de 124 modules préfabriqués à usage d'école” a été attribué à la S.A. Degotte ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 10 août 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 25 août 2023.

Par une requête introduite le 22 août 2023, la S. A. Degotte demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

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

M. Luc Detroux, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Sébastien Verva, *loco* M^{es} Wouter Moonen, Thomas Christiaens et Manon De Weser, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Thierry Wimmer, *loco* M^{es} Pierre Henry et Gaëtan Bihain, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Élisabeth Kiehl, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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

1. Les premiers faits utiles à l'examen de la demande ont été exposés dans l'arrêt n° 256.032 du 15 mars 2023 qui a ordonné la suspension « la décision du Collège communal de la Ville de Verviers du 22 décembre 2022 “d’attribuer le marché ‘Bâtiments scolaires : inondations des 14 et 15 juillet 2021 – travaux de démolition et reconstruction de l’école d’Ensival – location de 124 conteneurs et fondations’ au soumissionnaire ayant remis l’offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du prix), soit SYMOBO (...) pour le montant d’offre contrôlé et corrigé de 2.466.432,04 € hors TVA ou 2.614.417, 96 € TVA comprise” », jugeant sérieux le moyen « qui dénonç[ait] la méconnaissance des dispositions imposant à la partie adverse l’obligation de motivation formelle ».

2. À la suite de cet arrêt, le collège communal de la partie adverse décide en séance du 16 mars 2023 de procéder au retrait de la décision du 22 décembre 2022.

3. Le 28 mars 2023, la partie adverse informe les parties requérante et intervenante, d'une part, de sa décision de retrait, et, d'autre part, de sa volonté d'arrêter la procédure pour la raison suivante : « le collège communal souhaite introduire de nouveaux critères au niveau de la qualité des conteneurs et exiger le respect de normes plus élevées en se réservant la possibilité d'acquérir lesdits conteneurs ».

4. Le 24 avril 2023, le conseil communal de la partie adverse a approuvé le cahier spécial des charges MP2023-090 relatif au marché « BATIMENTS SCOLAIRES – Inondations des 14 et 15 juillet 2021 – Travaux de démolition et de reconstruction de l'école d'Ensival – Location/achat de 124 modules préfabriqués à usage d'école ».

Ce marché public est passé selon la procédure ouverte.

Conformément au point I.1. du cahier spécial des charges « Description du marché », « ce marché visé à fournir ([la partie adverse] pourra commander l'option exigée relative à l'achat des modules ultérieurement) des modules préfabriqués à usage d'école en attendant la construction d'une nouvelle école ainsi que les travaux préparatoires à la mise en place des modules. [...] La location s'étend sur une durée présumée de 34 mois, soit du mois d'août 2023 au mois de juin 2026. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de réduire cette durée de location. Le soumissionnaire remettra en option son prix pour l'achat desdits modules préfabriqués à la fin de la période de location ».

Le cahier spécial des charges précise également que les offres devaient être soumises pour le 11 mai 2023.

5. Le 25 avril 2023, ce marché est publié au Bulletin des marchés publics.

6. Le 28 avril 2023, le marché public a été publié au Journal officiel de l'Union européenne.

7. Le 26 avril 2023, la partie adverse prend la décision de postposer l'ouverture des offres le 15 mai au lieu du 11 mai 2023. Un avis rectificatif est publié en ce sens le 28 avril 2023 au Bulletin des marchés publics et le 3 mai 2023 au Journal officiel de l'Union européenne.

8. En date du 9 mai 2023, une visite des lieux se déroule en présence de candidats soumissionnaires. Lors de cette visite, plusieurs questions sont posées par ces derniers notamment quant aux exigences techniques reprises dans le cahier spécial des charges.

Ces questions ont fait l'objet d'une réponse détaillée de l'auteur de projet en date du 11 mai 2023.

9. Deux offres sont parvenues à la partie adverse : celle de la partie requérante et celle de la partie intervenante.

10. Le 2 juin 2023, après un premier examen de ces offres, la partie adverse adresse plusieurs questions aux soumissionnaires sur la justification des prix des postes 3 et 8 du cahier spécial des charges.

La partie requérante et la partie intervenante ont répondu par des courriers datés respectivement des 14 et 15 juin 2023.

11. Après analyse des offres et des réponses à la justification des prix des postes 3 et 8 des parties requérante et intervenante, le collège communal de la partie adverse décide, en sa séance du 20 juillet 2023, « d'attribuer le marché "Bâtiments scolaires : inondations des 14 et 15 juillet 2021 – travaux de démolition et reconstruction de l'école d'Ensival – location / achat de 124 modules préfabriqués à usage d'école" au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du prix), soit [la partie intervenante] pour un montant de commande de 4.566.024,20 € TVA comprise et options comprises ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

Il est notifié aux soumissionnaires en date du 26 juillet 2023.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 22 août 2023, la S. A. Degotte demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Ayant été désignée attributaire du marché litigieux, elle a un intérêt à intervenir. Il y a donc lieu d'accueillir sa requête en intervention.

V. Recevabilité

Il résulte du dossier administratif que la requérante a déposé une offre pour le marché litigieux et que l'acte attaqué lui a été communiqué le 26 juillet 2023.

Sa requête introduite le 9 août 2023, soit dans le délai de 15 jours prescrit par l'article 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' est donc recevable.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris de la violation de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', des articles 35, 36, 76 et 87 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques', du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe d'égalité, du devoir de la prudence et de minutie et du principe général de motivation matérielle des actes administratifs en tant que principes généraux de bonne administration.

Dans une première branche, la requérante expose que la partie adverse a estimé que sa justification des prix ne pouvait pas être acceptée, alors que, selon elle, la justification permet de confirmer le caractère normal des prix unitaires. Elle allègue également que la partie adverse n'a pas évalué le caractère normal (ou non) des prix.

Dans une deuxième branche, elle indique que la partie adverse estime que son offre serait incomparable à celle de la partie intervenante et qu'elle serait, pour cette raison, irrégulière, alors que, selon elle, son offre a été soumise conformément aux exigences du cahier des charges et que la partie adverse pouvait bien comparer l'offre avec celle de la partie intervenante sur la base du (seul) critère d'attribution, conformément à l'article 87 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Dans une troisième branche, elle fait valoir que la partie adverse accepte la justification pour les mêmes prix unitaires, présentée par la partie intervenante, alors que la justification des prix de celle-ci démontre, selon elle, que ces prix sont anormalement élevés et que la justification ne pouvait donc pas être acceptée. Elle soutient que l'offre de la partie intervenante étant irrégulière, aurait dû être écartée.

Après avoir rappelé la teneur et la portée des dispositions et principes visés au moyen, elle expose ce qui suit :

« 5.1.2.2 Application

35. Le premier moyen est dirigé contre la manière dont la défenderesse a apprécié les justifications de prix reçues.

Dans la décision attaquée, la défenderesse (1) juge à tort la justification de la requérante insuffisante et n'aborde pas, en substance, la question de savoir si les prix des articles en question peuvent désormais être considérés comme normaux (première branche du moyen), (2) considère à tort que l'offre de la requérante serait incomparable à l'offre de la S.A. Degotte (deuxième branche du moyen) et (3) accepte à tort la justification de prix de la S.A. Degotte (troisième branche du moyen).

Il suffit que l'une des branches du moyen soit considérée comme sérieuse pour constater l'illégalité de l'acte attaqué et en justifie la suspension.

5.1.2.2.A Première branche du moyen : évaluation de la justification des prix de Symobo

36. Par une lettre du 5 juin 2023, la partie adverse a demandé à la requérante de présenter une justification de prix, y compris pour les postes 3 ("pose et assemblage" - qui concerne en fait le poste 4) et 8 ("achat des modules préfabriqués après période de location" - qui concerne en fait le poste 9).

37. La demande de justification de prix pour ces articles stipulait :

"Afin de justifier l'acceptation de votre offre et s'assurer que toutes les offres reçues peuvent être dûment comparées, nous vous demandons de nous envoyer par retour un envoi recommandé expliquant et motivant votre montant de soumission et vos prix unitaires des postes suivants :

Poste 3 : pose et assemblage :

PU offre : [...] (moyenne : 143,735.00 € ; écart : + 17.79 %)

Poste 8 : [Option exigée] Achat des modules préfabriqués après période de location :

PU offre : [...] (moyenne : 1,286,595.21 € ; écart : -55.42 %)"

38. La partie requérante a répondu à cette demande par une lettre du 15 juin 2023 (pièce 11).

Dans la justification, il est indiqué que :

- En ce qui concerne le poste 3 : la partie requérante explique la méthode de fabrication de ses modules, ainsi que des éléments tels que les heures de nuitées et les frais de déplacement, qui ont une incidence sur le prix.
- En ce qui concerne le poste 8 : pour déterminer le montant du rachat, la partie requérante tient compte des revenus locatifs escomptés et les compare au coût total de production des modules (qui serait également répercuté en cas de vente pure et simple). Le prix d'achat proposé correspond au coût total de production des modules, moins les revenus locatifs. En d'autres termes, les points 3 et 8 sont des vases communicants.

39. Par conséquent, la justification donnée répond aux exigences de l'article 36 de l'AR Passation et permet au pouvoir adjudicateur de confirmer le caractère normal des prix. En effet, la partie requérante démontre comment les prix sont obtenus et justifie les prix offerts.

40. Bien entendu, il faut également tenir compte du fait qu'un écart par rapport à la moyenne est irrelevante lorsque seulement deux offres ont été déposées. En effet, un écart par rapport à la moyenne pourrait tout aussi bien s'expliquer par un prix anormalement élevé ou bas dans l'offre de l'autre soumissionnaire (ce qui est également le cas - voir troisième branche du moyen).

41. Le fait que le prix d'achat (poste 8) dépende et soit lié à la somme des loyers est également tout à fait normal et découle précisément de la conception du marché et des conditions contractuelles décrites dans le cahier des charges.

42. Il est évident que le montant du loyer a un impact sur le prix qui devra être payé après la fin de la période de location pour acheter les modules. Un loyer plus élevé entraîne un prix de rachat plus bas et vice versa.

Il s'agit d'une activité entièrement basée sur le marché et qui fait partie de l'activité normale de tout fournisseur de tels modules.

43. Le cahier des charges ne fait que donner aux soumissionnaires la possibilité de traiter délibérément l'équilibre entre le loyer et le prix de rachat.

44. Par conséquent, la justification donnée est cohérente et permet au pouvoir adjudicateur d'établir le caractère normal des prix.

45. La requérante souligne également à cet égard que le prix de l'offre de la requérante est plus proche du montant estimé que le prix de la S.A. Degotte (qui est 2.262.070,00 euros plus cher que le montant estimé de 2.045.500,00 euros).

46. De même, les montants des postes 3 (pose et assemblage) et 8 (achat) correspondent davantage à la valeur estimée par la partie adverse.

Votre Conseil a déjà décidé que l'estimation peut être prise en compte dans l'appréciation de la normalité des prix :

[...]

47. La requérante souligne également que, dans la décision attaquée, la partie adverse ne conclut nullement que le prix de la "pose et assemblage" (poste 3) ou de "l'achat" (poste 8) serait anormal.

Elle ne mentionne pas non plus d'indice d'anormalité pour le loyer (poste 5) (aucune justification de prix n'a même été demandée sur ce point).

48. Au lieu de juger sur la base de la justification reçue si la justification donnée est acceptée ou non, et donc de décider si les prix de la requérante sont normaux ou anormaux, la partie adverse se contente d'affirmer que l'offre de la requérante ne serait "pas comparable" à l'offre de la S.A. Degotte.

Une telle constatation est non seulement erronée (voir deuxième branche du moyen), mais n'implique en aucun cas une appréciation concrète de la justification donnée.

La partie adverse a demandé et reçu des justifications pour les postes 3 et 8, mais elle n'évalue pas non plus spécifiquement pourquoi les justifications données peuvent ou non être acceptées et ne conclut nullement que les prix unitaires proposés seraient anormaux.

49. Par conséquent, en l'absence de toute constatation de prix anormaux, la partie adverse ne peut légalement décider que l'offre de la requérante serait irrégulière.

50. En l'absence de motifs de refus de la justification, la partie adverse aurait dû accepter la justification du prix et le caractère normal des prix.

51. La violation des articles 35 et 36 de l'AR Passation, ainsi que l'obligation de motivation matérielle, sont donc établies.

52. La première branche du moyen est sérieuse.

5.1.2.2.B Deuxième branche du moyen : l'offre de la requérante était bien comparable à l'offre de l'adjudicataire

53. Dans la décision attaquée, la partie adverse estime que les prix soumis montrent que l'offre de la requérante est "non comparable" et donc substantiellement irrégulière. Elle estime donc que l'offre de la requérante doit être exclue en application de l'article 76 de l'AR Passation.

Ce point de vue ne peut être suivi.

54. La requérante estime qu'il ressort de la décision attaquée que son offre est jugée "incomparable" par la partie adverse, car la requérante indiquerait que le prix d'achat des modules (poste 9) serait plus bas, en raison d'un loyer plus élevé (poste 5).

55. Il est bien entendu logique que le loyer, d'une part, et le prix d'achat à l'expiration du bail, d'autre part, soient directement liés. Comme la requérante l'explique dans sa justification de prix, le prix d'achat proposé correspond à la valeur des modules proposés, moins le loyer qui serait payé pendant la période de 34 mois. La requérante ne voit pas comment elle aurait pu déterminer autrement le prix d'achat et la partie adverse ne poursuit pas sur ce point dans la décision attaquée.

En plus, la partie adverse n'a jamais estimé le loyer (poste 5) anormal et confirme donc qu'un prix normal a été présenté dans l'offre de la requérante.

56. En tout état de cause, il ne peut résulter de cette tarification que l'offre de la requérante est "incomparable".

57. Le cahier des charges laisse simplement aux soumissionnaires une certaine marge de manœuvre pour fixer librement un loyer (poste 5) et un prix d'achat comme option exigée (poste 9).

Aucun loyer ou prix d'achat fixe n'est imposé dans le cahier des charges. Le soumissionnaire dispose donc d'une certaine liberté économique pour proposer ses propres prix et, selon le cahier des charges, il doit proposer un prix pour :

- Le contrat de base (qui comprend le loyer pour 34 mois) ;
- Une option obligatoire : "dépose" (poste 6) ;
- Une option obligatoire : "Transport" (poste 7) ;
- Une option obligatoire : "achat des modules après période de location" (poste 9).

58. Dès lors, dans la mesure où les prix unitaires proposés ne sont pas anormaux (ce qui est bien le cas pour la requérante - voir la première branche du moyen), ce choix opéré par la requérante dans sa tarification ne conduit nullement à une impossibilité de comparer correctement les offres.

59. En outre, le respect de l'article 87, paragraphe 1, point 3, de l'AR Passation implique simplement que la partie adverse, lors de l'évaluation des offres, est obligée d'inclure les prix de toutes les options dans le classement des offres.

Par conséquent, toute différence entre un loyer plus élevé ou plus bas et un prix d'achat correspondant plus bas ou plus élevé est complètement neutralisée. En effet, la partie adverse doit comparer les prix totaux (y compris les options).

Le cahier des charges le confirme :

"Le prix est l'unique critère d'attribution. Le pouvoir adjudicateur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, déterminée sur base du prix.

Le prix de référence pour l'attribution sera le prix total repris à l'annexe C 'Inventaire' du présent cahier spécial des charges. Ce prix reprenant notamment le prix de fourniture de l'ensemble des modules configurés avec les réglementations PEB en location pour 34 mois et le prix de l'option d'achat des modèles préfabriqués après la période de location".

60. La comparaison des offres dans le cadre de cette procédure se faisant uniquement sur la base des prix totaux, cela signifie donc que les offres sont entièrement comparables, sans plus. En tout état de cause, cette conclusion s'applique à l'offre de la requérante.

61. La requérante note que c'est précisément la tarification de l'adjudicataire, Degotte, qui aurait dû être appréciée comme anormale et qui, par conséquent, conduit à une offre non comparable (voir ci-dessous, troisième branche du moyen).

62. En tout état de cause, la partie adverse ne peut légitimement pas estimer que l'offre de la requérante serait "incomparable". L'appréciation faite dans la décision attaquée méconnaît l'article 76 de l'AR Passation et conduit à considérer à tort l'offre comme substantiellement irrégulière.

63. La requérante démontre ci-dessus que la motivation de la décision attaquée sur ce point repose sur une application erronée de l'article 76 de l'AR Passation et des pièces du dossier, de sorte que la violation de l'obligation motivation matérielle est également établie.

La défenderesse méconnaît également le principe *patere legem*, en refusant à la requérante, dans son évaluation, la liberté de fixation des prix que le cahier des charges vient de lui accorder et en méconnaissant l'obligation de comparer les prix totaux (y compris les options) afin que l'offre de la requérante soit comparable à tous égards.

En tout état de cause, la décision a été prise sur la base d'une lecture imprudente de l'offre et du bordereau de prix qui l'accompagnait, en combinaison avec le cahier des charges, de sorte que le devoir de la prudence et de minutie a également été violé.

64. La deuxième branche du moyen est sérieuse.

5.1.2.2.C Troisième branche du moyen : la justification de prix de l'adjudicataire ne pouvait pas être acceptée.

65. La décision attaquée montre que l'adjudicataire a reçu une demande de justification de prix similaire et a dû justifier, entre autres, le prix du poste 8 (à savoir l'option exigée d'achat des modules après la location).

66. La décision attaquée indique ce qui suit à cet égard :

“En date du 02 juin 2023, le Maître de l'ouvrage adresse un recommandé aux soumissionnaires pour une demande d'explications et motivation des montants de soumissions et des prix uni-aires des postes suivants :

- Poste 3 : pose et assemblage ;

- Point 8 : (Option exigée) Achats des modules préfabriqués après période de location ;”

67. Le fait qu'une justification de prix ait été demandée à l'adjudicataire pour le poste 8 n'est pas surprenant.

La demande de justification de prix reçue par la partie requérante pour le même poste montre que le prix moyen offert pour le poste 8 est de 1.286.595,21 euros.

Compte tenu du prix que la partie requérante a elle-même proposé pour le poste 8, cela signifie que l'adjudicataire aurait proposé un prix de 1.999.690,42 euros pour le poste 8.

En d'autres termes, le prix offert par l'adjudicataire pour le poste 8 constituerait pratiquement la moitié de son prix d'offre.

Toutefois, le montant estimé montre que la partie adverse a supposé que les options obligatoires (cumulées) s'élèveraient à 320.000 euros, par rapport à un coût total de 2.045.500 euros.

Ce seul fait montre que le prix offert par l'adjudicataire pour le point 8 (même indépendamment des autres options obligatoires) est disproportionnellement plus élevé, de sorte qu'une question de justification du prix s'est effectivement posée dans ce contexte.

68. La requérante ne dispose pas de l'intégralité de la réponse que l'adjudicataire a fournie à la partie adverse à cet égard. Mais elle peut voir dans la décision attaquée comment l'adjudicataire a justifié les éléments en question.

69. La justification donnée, selon la décision attaquée pour le poste 8, serait que le prix de l'adjudicataire est si élevé parce que ce prix unitaire anticiperait le fait que le cahier des charges ne prévoit pas de révision de prix.

70. Bien entendu, une telle explication ne peut en aucun cas être prise en compte pour accepter le caractère normal du prix.

Au contraire, l'adjudicataire ne fait ici que confirmer que le prix du point 8 ne peut pas être un prix normal ou de marché pour l'achat après la location. L'adjudicataire confirme qu'il a prévu un prix d'achat artificiellement élevé, qui a été soutenu, entre autres, par une révision de prix forfaitaire que l'adjudicataire prend déjà en compte.

71. Cela montre non seulement que le prix du poste 8 n'est pas un prix normal pour l'achat des modules, mais aussi que l'adjudicataire s'est écarté des termes du contrat et n'a pas accepté l'absence de révision de prix.

72. Le cahier des charges prévoit expressément à l'article II.5 "Il n'y a pas de révision des prix pour ce marché". Il n'appartient donc pas aux soumissionnaires d'élaborer un poste dans l'offre avec une compensation (forfaitaire) pour l'absence de révision des prix.

73. Une telle explication ne fait que confirmer le caractère anormalement élevé du prix du soumissionnaire retenu, qui ne devait donc en aucun cas être accepté comme normal.

74. En statuant autrement, la partie adverse viole l'article 36, § 3, alinéa 1, 1° de l'AR Passation. En tout état de cause, la motivation de la décision attaquée n'est pas adéquate, comme expliqué ci-dessus, de sorte que l'obligation de motivation matérielle a également été violée. Il apparaît également que la partie adverse n'a pas examiné avec suffisamment d'attention les explications contenues dans la justification de l'adjudicataire, de sorte que la violation du devoir de prudence et de minutie est également établie.

75. En acceptant, sans plus d'évaluation, la justification de la S.A. Degotte, là où la partie adverse a évalué la justification de la requérante d'une manière plus sévère, elle viole le principe d'égalité et de non-discrimination (art. 4 de la loi du 17 juin 2016 et les articles 10 et 11 de la Constitution).

76. La troisième branche du moyen est sérieuse.

77. Le moyen est sérieux. »

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

L'acte attaqué justifie sa décision d'écarter l'offre de la requérante comme suit :

« [...] »

- L'entreprise explique le cout total du projet en cas d'achat et affirme que le prix/M2 serait conforme au marché sans toutefois donner de précisions expliquant et motivant le prix du poste ;
- Nous constatons par ailleurs que l'entreprise déclare avoir intégré une part du cout du rachat dans le loyer pour des raisons commerciales. Ceci semble conduire à l'impossibilité de comparer les offres et en particulier en ce qui concerne le poste 8 "(Option exigée) Achat des modules préfabriqués après période de location".
- Lors de la justification de son prix, SYMOBO a en réalité admis qu'elle avait intégré certains prix d'achat dans son prix de location.
- Cela ne permet pas de comparer des prix nets entre les deux offres. En effet, nous sommes dans l'impossibilité de savoir quel prix net SYMOBO considère pour la location proprement dite.

[...]

Conformément à l'article 76, § 1, de l'A.R. passation du 18 avril 2017, constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Les éléments ci-dessus constituent une irrégularité substantielle puisque les offres ne peuvent être comparées en l'intégration, par SYMOBO, de montants liés à l'option d'achat dans les prix locatifs.

La Ville de VERVIERS ne dispose en effet pas de prix nets et distincts pour la location, d'une part, et l'option d'achat, d'autre part, lui permettant une comparaison justifiée et absente de tous risques juridiques.

L'offre est substantiellement irrégulière ».

Il résulte de l'examen du dossier administratif que si le prix offert par la partie requérante était, toutes options comprises, inférieur de 17,91 % à la moyenne des prix des deux offres reçues, le prix offert pour le poste 8, à savoir l'option exigée « achat des modules préfabriqués après période de location », était inférieur de 55,42 % à cette moyenne.

Face à une telle divergence, la partie adverse, dans le cadre de la vérification des prix à laquelle elle est tenue, était fondée à demander aux deux soumissionnaires des justifications de leur prix, notamment, pour ce poste 8.

L'acte attaqué a donc bien procédé à une vérification des prix, mais il ne motive pas l'irrégularité de l'offre de la partie requérante, contrairement à ce que celle-ci soutient dans sa première branche, par le fait qu'elle n'aurait pas justifié des prix paraissant anormalement bas ou élevés, mais bien par le fait que dans sa justification, la partie requérante a reconnu avoir intégré une part du coût du rachat des modules dans le prix de location « pour des raisons commerciales ».

Ce faisant, la partie requérante a ainsi reconnu que les prix qu'elle a fixés respectivement pour la location et pour l'achat des modules à la fin de la location n'ont pas été établis en raison du coût de chacun de ces postes. Or les prix devaient bien être fixés distinctement pour permettre une comparaison des offres, puisque, même si l'unique critère d'attribution était le prix total « reprenant notamment le prix de fourniture de l'ensemble des modules [...] en location pour 34 mois et le prix de l'option d'achat des modèles préfabriqués après la période de location », (page 11 et 12 du Cahier spécial des charges), l'achat des modules était une option que la partie adverse se réservait le droit de lever jusqu'à un mois avant l'échéance de la période de location « à la valeur résiduelle contractuelle » (point III.9 du cahier spécial des charges), l'adjudicataire récupérant les modules mis à disposition si l'option n'était pas levée.

En intégrant une partie du prix d'achat dans les prix de location, l'offre de la partie requérante, qui était effectivement économiquement la plus avantageuse en cas de rachat que l'offre de la partie intervenante, mais moins avantageuse que celle-ci si la partie adverse ne levait pas l'option, empêchait effectivement une comparaison des prix permettant à la partie adverse de faire le choix le plus avantageux, quelle que soit l'option qu'elle prendrait au terme de la location (rachat ou dépose).

Prima facie, c'est donc sur le fondement d'une motivation adéquate et sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation que la partie adverse a pu considérer que le choix fait par la partie requérante d' « intégr[er] certains prix d'achat dans son prix de location », empêchait la comparaison des prix entre les deux offres, de telle sorte que, conformément à l'article 76, § 1^{er}, précité, l'offre de la partie requérante était entachée d'une irrégularité substantielle et devait être écartée.

Le moyen n'est donc pas sérieux dans ses deux premières branches.

S'agissant de la régularité de l'offre de la partie intervenante que la partie requérante conteste au travers de la troisième branche du moyen, estimant que la partie adverse n'aurait pas dû accepter la justification des prix anormalement élevés, selon elle, des prix pour les mêmes postes unitaires, il y a lieu de rappeler que le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix, pareille vérification devant lui permettre de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents dudit marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires. Il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à cette vérification. S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de sa

décision pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix.

Lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'État ne peut toutefois substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient en revanche de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité, et de censurer dans le chef de cette dernière une appréciation manifestement erronée.

En d'autres mots, lorsqu'il résulte clairement du rapport d'analyse des offres que le pouvoir adjudicateur s'est bien livré à une vérification effective des prix, il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, son contrôle étant, à cet égard, limité aux erreurs de fait et aux erreurs manifestes d'appréciation.

En l'espèce, l'acte attaqué, qui se réfère à cet égard au rapport de l'auteur du projet, motive son appréciation des réponses données par la partie intervenante, comme suit :

« Afin d'expliquer et motiver son offre, l'entreprise DEGOTTE envoie une réponse au maître de l'ouvrage datée le 15 juin 2023.
Dans ce courrier, nous constatons ce qui suit :

Poste 3 : Pose et assemblage

- Le fait de ne disposer que de deux offres ne permet en effet pas d'établir un prix moyen de référence ;
- L'analyse des données fournies ne fait pas apparaître d'incohérence ou anomalie à notre estime ;
- L'entreprise explique que les fondations et terrassements étant prévus "pour mémoire", les coûts y afférents ont été ventilés dans les différents postes dont 25 % dans celui-ci.

Nous (auteur de projet) pouvons ainsi comprendre une telle ventilation dans la mesure où elle est explicitée. Elle n'est pas anormale et résulte d'une pratique du secteur souvent rencontrée.

Poste 8 : (Option exigée) Achat des modules préfabriqués après période de location.

- Le fait de ne disposer que de deux offres ne permet pas d'établir un prix moyen de référence ;
- L'entreprise indique avoir anticipé le fait qu'aucune formule de révision ne soit prévue.

Pour nous, auteur de projet, il n'est en effet pas interdit qu'un soumissionnaire anticipe cette donnée en adaptant le cas échéant son prix initial.

- L'entreprise indique avoir pris en compte la charge financière liée au paiement différé pour 50 % ;
- À la lecture des justifications émises par l'entreprise Degotte, nous constatons que l'entreprise alimente son justificatif par un complément d'information justifiant de la teneur du prix total payé pour l'ensemble de l'installation (location + achat).
- L'entreprise nous informe que le montant total tient compte de deux facteurs induits par la formule du marché, une location de 34 mois assortie d'une option d'achat.
- Le premier facteur étant la nécessité pour l'entreprise de recourir à la contraction d'un emprunt, afin de pouvoir réaliser la demande. Le second étant que ce montant global tient compte d'une charge de 18.000€ répartie sur les 34 mois de location dont la finalité est de garantir la maintenance et l'entretien des installations techniques.

Ce faisant, ces éléments nous permettent de comprendre le prix proposé par la S.A. DEGOTTE.

Conclusion :

Les réponses et justifications apportées par l'entreprise permettent d'apporter des réponses claires aux interpellations du pouvoir adjudicateur et de considérer son offre acceptable et comparable ».

Prima facie, une telle motivation paraît reposer sur des éléments exacts et pertinents et ne pas procéder d'une erreur manifeste d'appréciation.

Contrairement à ce que la requérante allègue, la circonstance que la partie intervenante ait pris en considération, dans son prix d'achat au terme de la période de location, l'absence de révision des prix dans le cahier spécial des charges n'a pas pour effet de rendre son offre irrégulière et n'obligeait pas la partie adverse à considérer le prix pour ce poste comme anormalement élevé.

Aucune disposition de la loi sur les marchés publics du 17 juin 2016 ou de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ne précise en effet qu'un soumissionnaire ne peut prendre en considération pour fixer son prix l'absence de révision des prix dans le cahier spécial des charges

Le premier moyen n'est sérieux dans aucune de ses branches.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

Le deuxième moyen est pris de la violation de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', des articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques'

et du principe général de motivation matérielle des actes administratifs en tant que principe général de bonne administration.

La requérante fait valoir que les articles 35 et 36 obligent le pouvoir adjudicateur à toujours procéder à une vérification des prix totaux, indépendamment du nombre de soumissionnaires. Selon elle, la partie adverse a commis une erreur en estimant que de telles vérifications n'étaient pas utiles en l'espèce. Elle ajoute que la partie adverse n'a pas suffisamment expliqué pourquoi une vérification des prix totaux ne serait pas utile.

Après avoir rappelé la teneur et la portée des dispositions et principes visés au moyen, elle expose ce qui suit :

- « 85. Comme expliqué ci-dessus (voir 82), le pouvoir adjudicateur est obligé de soumettre les offres à un examen des prix et des coûts. Cela signifie que le pouvoir adjudicateur doit examiner à la fois le prix total ainsi que les prix unitaires.
86. En l'espèce, les prix de l'offre de la requérante et de Degotte étaient très éloignés l'un de l'autre. Plus précisément, le prix total de l'offre de la requérante 2.999.190,00 € (hors TVA), là où le prix total de l'offre de la S.A. Degotte est 4.307.570,00 € (hors TVA), l'écart étant donc 1.308.380,00 €.
87. La décision attaquée indique que la partie adverse n'a pas jugé utile de mener une étude des prix sur les prix totaux et d'interroger les soumissionnaires à cet égard :
- “5. Vérification des prix
- 5.1 Vérification des prix totaux anormalement bas
- Au vu du nombre d'offres reçues étant inférieure à 4, la vérification des prix totaux anormalement basée sur l'art 36 § 4 AR ne s'applique pas.
- 5.2 Vérification des prix unitaires anormalement bas (article 36 AR Passation)
- Conformément à l'art 36 AR, l'écart important entre les offres nécessite pour le Maître de l'ouvrage une justification de prix pour les postes 3 en 8 respectivement ‘3. Pose et assemblage’ et ‘8. (Option exigée) Achat des modules préfabriqués après période de location’.
- 5.3 Conclusion après la vérification des prix
- [...] 5.3.1 Auteur de projet :
- Au vu du nombre d'offres reçues étant inférieure à 4, la vérification des prix totaux anormalement basée sur l'art 36 § 4 AR ne s'applique pas.
- De ce fait, une analyse des prix semble inadaptée à la situation. En conclusion, l'équipe auteur de projet ne juge pas utile de questionner les deux soumissionnaires. [...]”.
88. Tout d'abord, il convient de souligner que l'article 36, § 4 AR Passation ne s'applique en aucun cas à la présente affaire, cette disposition ne s'appliquant que dans le cas d'un marché de travaux ou d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude.
89. Toutefois, indépendamment de l'application ou non de l'article 36 § 4 AR Passation, le pouvoir adjudicateur doit toujours également soumettre le prix total à une vérification des prix ou des coûts. Votre Conseil l'a confirmé à plusieurs reprises (voir 82).
90. La partie adverse a conclu à tort qu'une telle recherche n'était pas utile.
91. La partie adverse aurait également dû examiner les prix totaux et, le cas échéant, demander une justification de prix, notamment en raison de l'écart important entre les deux offres.
92. En plus, le prix de la S.A. Degotte était loin du montant estimé, qui s'élève à 2.045.500,00 € (hors TVA) (pièce 2, page 1).

Il est donc incompréhensible que la partie adverse ne l'ait pas remis en question. Comme indiqué, votre Conseil a estimé que face à des prix apparemment anormalement élevés, le pouvoir adjudicateur veille, en particulier, à écarter le risque de spéculation au détriment des deniers publics.

93. Par conséquent, la partie adverse a violé l'article 35 et 36 AR Passation en n'examinant pas le prix total et en ne posant pas de questions aux soumissionnaires à ce sujet. En tout cas, le motif que "une analyse des prix semble inadaptée à la situation" ne correspond pas aux exigences sur base des articles 35 et 36 de l'AR Passation et ne peut donc pas être un motif adéquat pour cette décision.

94. La partie adverse n'a pas justifié pourquoi elle ne considérait pas qu'un examen des prix totaux était utile. Compte tenu de l'écart important entre les deux prix de l'offre, un tel examen serait au contraire logique. Le fait qu'il n'y ait eu que deux soumissionnaires ne peut pas être pris en compte en droit pour justifier la décision (voir 88).

Ainsi, l'acte attaqué ne repose pas sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en fait comme en droit. La partie adverse a manqué à son obligation de motivation matérielle.

95. Le moyen est sérieux ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix, pareille vérification devant lui permettre de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents dudit marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires. Il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à cette vérification. S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de sa décision pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix.

L'acte attaqué indique que « conformément à l'art. 36 AR, l'écart important entre les offres nécessite pour le Maître de l'ouvrage une justification des prix pour les postes 3 et 8 respectivement "3. Pose et assemblage" et "8 (option exigée) Achat des modules préfabriqués après période de location" ».

Contrairement à ce qu'allègue la partie requérante, l'acte attaqué a donc bien procédé à la vérification des prix légalement et réglementairement requise en demandant des justifications pour les postes en raison desquels, à son estime, il existait un écart important quant au prix global entre les deux offres.

Comme il a été relevé à l'occasion de l'examen du premier moyen, la conclusion de cette vérification des prix est l'irrégularité de l'offre de la partie requérante et l'absence de prix anormalement bas ou élevés dans l'offre de la partie intervenante.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VIII. Troisième moyen

VIII.1. Thèse de la partie requérante

Le troisième moyen est pris de la violation 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions', des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs' et le devoir de prudence et de minutie en tant que principe général de bonne administration.

La requérante fait valoir qu'un pouvoir adjudicateur est obligé de justifier sa décision et d'inclure la motivation dans la décision-même. Elle allègue que la partie adverse ne justifie pas pourquoi elle ne suit pas l'avis du directeur financier, ou encore pourquoi elle estime que cet avis ne doit pas être suivi dans ce dossier.

Après avoir rappelé la teneur et la portée des dispositions et principes visés au moyen, elle expose ce qui suit :

- « L'acte attaqué indique que la partie adverse a demandé l'avis Directeur financier. Il ressort de l'acte attaqué que, bien que le Directeur financier ait rendu un avis positif, il a formulé une remarque assez importante :
- “6. Conseil d'attribution
[...] Considérant qu'une demande afin d'obtenir l'avis de légalité obligatoire a été soumise le 18 juillet 2023, le Directeur financier a rendu, en date du 20 juillet 2023, l'avis positif avec remarques suivantes : ‘les montants proposés à la location sont incroyablement élevés. Il ne paraît pas judicieux d'évincer une offre inférieure de plus d'1.300.000,00 € pour une erreur de présentation. Au vu des enjeux financiers, il paraîtrait raisonnable de relancer ce marché pour permettre à la société SYMOBO B.V. de présenter une offre comparable à celle de la société DEGOTTE S.A. afin que nous puissions choisir l'offre la plus avantageuse en connaissance de tous les éléments’ [...]”.
- Le Directeur financier trouve également remarquable la grande différence entre les deux offres et rappelle que la partie adverse devrait attribuer le marché au soumissionnaire économiquement le plus avantageux.
Il propose donc de relancer l'appel d'offres.
102. L'acte attaqué mentionne seulement que cette observation a été faite, mais n'explique nulle part ce que la partie adverse en a fait, ni pourquoi elle a décidé d'attribuer le marché plutôt que de le soumettre à un nouvel appel d'offres.
103. Il est négligent de la part de la partie adverse de simplement ignorer un avis aussi important, à savoir sur la légalité de l'acte attaqué, sans y donner suite.
Même si la partie adverse aurait décidé qu'elle pouvait ignorer ce commentaire du Directeur financier, l'acte attaqué aurait au moins dû montrer qu'elle y avait réfléchi. Il aurait également dû expliquer les raisons pour lesquelles cet avis n'a pas été suivi.

104. Comme expliqué, selon l'article 4, paragraphe 1, 8° de la loi du 17 juin 2013, le pouvoir adjudicateur doit préparer une décision motivée lors de l'attribution d'un marché. L'article 5, paragraphe 1, 9° de la loi du 17 juin 2013 ajoute que la décision doit contenir les motifs de droit et de fait sur lesquels elle se fonde. La décision doit contenir les raisons qui l'ont motivée.

105. L'acte attaqué ne satisfait pas à cette obligation de motivation formelle. L'acte contesté viole les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013, ainsi que les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991.

Pour autant que la partie adverse n'a pas pris en considération cet avis du Directeur financier, il est clair que la décision attaquée a été faite en violation du devoir de prudence et de minutie. Les remarques du Directeur financier sont bien entendu substantielles, ce qui implique que la partie adverse devait au moins les prendre en considération.

106. Le moyen est sérieux ».

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

La partie adverse ayant, *prima facie*, valablement écarté, en raison d'une irrégularité substantielle, l'offre de la seule requérante, celle-ci ne paraît pas justifier d'un intérêt au troisième moyen de la requête, dès lors que l'illégalité dénoncée dans celui-ci, est sans aucun rapport avec les motifs qui ont justifié l'écartement de sa seule offre et n'est pas de nature à remettre en cause la régularité de cette décision.

La perspective de voir invalider toute la procédure d'attribution, de la faire recommencer *ab initio* et d'obtenir ainsi une nouvelle chance de remporter le marché ne suffit pas à démontrer concrètement la lésion qu'aurait causée à la requérante ou risqué de lui causer la violation alléguée au titre de ce moyen, alors que la démonstration d'une telle lésion ou d'un tel risque de lésion est spécialement requis par les 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'.

Au surplus, il ressort de l'acte attaqué que l'avis du directeur financier qui y est cité est « l'avis de légalité obligatoire ». L'article L1124-40, § 1^{er}, 3°, du Code de la démocratie légale et de la décentralisation charge en effet ce fonctionnaire communal de « remettre, en toute indépendance, un avis de légalité écrit préalable et motivé sur tout projet de décision du conseil communal ou du collège communal ayant une incidence financière ou budgétaire supérieure à 22.000 euros hors T.V.A ».

Cet avis est positif. Les remarques formulées par le directeur financier qui, en substance, suggère de « relancer le marché » relèvent de l'opportunité et ne constituent pas une observation relative à la légalité à l'égard de laquelle la partie adverse aurait dû motiver spécialement sa décision si elle s'en était écartée.

Le moyen n'est, *prima facie*, pas recevable et, au surplus, non sérieux.

IX. Confidentialité

La requérante dépose, à titre confidentiel, son offre, la demande de la partie adverse d'une justification des prix et sa justification des prix. Il s'agit des pièces 9 à 11 annexées à la requête.

La partie adverse sollicite aussi la confidentialité de l'offre de la partie requérante, ainsi que celle de l'offre de la partie intervenante, de l'offre précédente, datée du 10 septembre 2022 de la partie requérante, ainsi que les justifications des prix des deux soumissionnaires. Il s'agit respectivement des pièces 13, 5, 14 et 11 du dossier administratif.

La requérante en intervention demande également que son offre et sa justification des prix demeurent confidentielles.

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

X. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Degotte est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 9 à 11 annexées à la requête, 5, 11, 13 et 14 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros, ainsi que l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le 25 août 2023 par :

Luc Detroux,
Simon Pochet,

président de chambre,
greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Simon Pochet

Luc Detroux