

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 257.369 du 19 septembre 2023

A. 229.694/VI-21.663

En cause : **la société à responsabilité limitée POLYMAT SAV,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Martin CHABOT et Pierre RAMQUET, avocats,
Ilot Saint-Michel
place Verte 13
4000 Liège,

contre :

l'association de droit public
CHAPITRE XII RÉSIDENCE PRÉFLEURI,
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean LAURENT et Charline SERVAIS, avocats,
avenue Louise 250
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 5 décembre 2019, la SRL Polymat SAV demande l'annulation de « [l]a décision du 12 septembre 2019 prise par l'association Résidence Préfleuri par laquelle elle attribue à la SA GBM un marché public de travaux portant sur l'acquisition de matériel de cuisine pour la Résidence Préfleuri, ce pour un montant de 655.708,41 EUR HTVA ».

Par une requête introduite le 8 janvier 2021, la partie requérante introduit une demande d'indemnité réparatrice.

II. Procédure

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Le dossier administratif a été déposé.

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

M. Éric Thibaut, auditeur général adjoint 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 des derniers mémoires et la requérante a introduit une demande d'indemnité réparatrice.

Par une ordonnance du 26 avril 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 31 mai 2023.

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

M^e Chloé Nols, *loco* M^{es} Martin Chabot et Pierre Ramquet, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Jean Laurent, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Éric Thibaut, auditeur général adjoint, 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. Exposé des faits utiles

1. Le 3 juillet 2019, le conseil d'administration de la partie adverse approuve le cahier spécial des charges d'un marché public (procédure ouverte) ayant pour objet l'acquisition de matériel de cuisine pour la maison de repos et de soins Résidence Préfleuri à Neufchâteau, le montant estimé (677.856,93 euros HTVA) de ce marché et son mode de passation. Le marché est qualifié de « marché de travaux ».

Parmi les conditions de sélection qualitative, figure celle relative à la « capacité technique et professionnelle du soumissionnaire » rédigée comme il suit :

« Le soumissionnaire devra présenter un minimum de 3 références distinctes de travaux similaires au présent marché exécutés au cours des cinq dernières années. Ces travaux devront être terminés et réceptionnés et avoir atteint, pour deux références, un montant minimum de 300.000,00 € HTVA chacune dans le secteur de la Santé (hôpitaux, maisons de repos, résidences services, ...) et, pour l'autre

référence, un montant minimum de 500.000,00 € HTVA chacune en milieux autres qu'industriel (logements groupés, hôtels, bureaux, hôpitaux, maisons de repos, laboratoires, ...).

Ces 3 références ne pourront être prises en compte que si elles sont corroborées par des certificats de bonne exécution dûment signés par le Maître de l'ouvrage ».

Le cahier spécial des charges prévoit quatre critères d'attribution selon la pondération suivante :

- critère économique : le prix remis pour 60 points ;
- optimisation du planning d'exécution : pour 10 points ;
- optimisation du service après-vente : pour 15 points ;
- optimisation pour la garantie proposée : pour 15 points.

Des clauses techniques régissent également le marché.

Un avis de marché est publié au *Bulletin des adjudications* le 21 juin 2019.

2. Le 31 juillet 2019, il est constaté que trois offres sont déposées, dont celles de la société GBM et de la requérante. Le prix proposé par la SA GBM est le moins élevé et celui de la requérante le plus élevé (options comprises).

3. Le 7 août 2019, l'auteur du projet, soit le bureau d'architecture chargé du rapport d'attribution, interroge la SA GBM à propos de prix considérés comme anormaux, car s'écartant de plus de 10 % au-dessus ou de 15 % en dessous du montant moyen des offres pour les postes atteignant plus de 1 % du montant total de l'offre. Il relève six prix anormalement bas (pour les postes 4.1, 5.9, 8.4, 12.4, 7.1 et 14.1) et un prix anormalement élevé (pour le poste 5.1). L'auteur du projet demande à la SA GBM de faire parvenir les justifications de prix dans un délai de 12 jours calendriers, de fonder ces justifications « sur des critères objectifs tenant compte à l'économie du procédé de construction ou de la fabrication ou de la prestation de services, ou aux solutions techniques choisies, ou aux conditions exceptionnellement favorables dont [la SA GBM] dispos[e] pour exécuter ce marché » et de donner les précisions suivantes :

- les prix d'achat des matériaux et matériels ainsi que leurs fiches techniques ;
- le coût de la main-d'œuvre pour le placement et la mise en service des matériels et matériaux proposés ainsi que le coût éventuel de la livraison ;
- le calcul de la marge bénéficiaire ;
- la confirmation que les dispositions techniques et l'état du chantier ont bien été pris en compte dans le calcul du prix.

L'auteur du projet relève également des « divergences par rapport au

cahier spécial des charges » et demande des précisions quant aux postes 5.9 (sauteuse basculante au gaz ou à l'électricité), 10.4 (dimensions de la hotte lave-vaisselle) et 12.4 (documentation technique en français, dimensions, durée du maintien de la température et nombre de tiroirs).

4. Le 13 août 2019, la SA GBM répond aux questions du pouvoir adjudicateur en exposant qu'elle est associée à Eurochef qui comprend un vaste réseau diversifié et que, grâce à la puissance d'achat de ce réseau, elle bénéficie de conditions d'achat particulièrement intéressantes, la justification de ses prix bas étant fondée sur ces conditions d'achat exceptionnellement favorables.

Pour les prix remis pour les postes 4.1, 5.9, 8.4, 12.4, 7.1 et 14.1, elle renseigne les prix d'achat et les prix de vente, en appliquant un coefficient de 16,7 % pour les postes 4.1, 5.9, 12.4 et 7.1, de 5 % pour le poste 8.4 et de 9 % pour le poste 14.1, en précisant, pour chaque poste, que « la mise en œuvre et l'installation sont compris dans le prix de vente ».

Pour le poste 5.1, elle explique que le muret technique fait partie de l'ensemble du bloc de cuisson, et que, pour des raisons d'homogénéité de cuisson, elle est obligée de le commander chez le fabricant des appareils à cause du système d'ancrage au sol. Elle produit, pour ce poste, l'offre de prix du fournisseur, attestant du prix d'achat. Elle indique le prix de vente, en appliquant un coefficient de 16,5 % et précise que « la mise en œuvre et l'installation sont compris dans le prix de vente ».

À propos des « divergences techniques par rapport au cahier spécial des charges », la SA GBM explique que :

- pour la sauteuse basculante électrique (poste 5.9), il y a une faute de frappe dans l'intitulé ; il s'agit bien d'une machine électrique comme l'atteste la fiche technique corrigée jointe en annexe de ses explications ;
- pour la hotte lave-vaisselle (poste 10.4), les dimensions mentionnées dans la fiche technique correspondent bien à celles du cahier spécial des charges (800x800x47) ;
- pour le chariot petit déjeuner (poste 12.4), elle indique que la traduction en français du descriptif était bien dans son offre, transmet, en annexe de ses explications, la fiche technique en français, expose que le maintien en température est bien de 1h30 comme indiqué dans son offre, qu'il y a plusieurs configurations possibles, qu'elle a prévu deux tiroirs, que le cahier spécial des charges n'indique lui-même pas le nombre de tiroirs et que les dimensions données dans l'offre sont des dimensions hors tout, y compris certains accessoires optionnels.

5. Le 23 août 2019, l'auteur du projet établit un rapport d'analyse des offres.

Au stade de la sélection qualitative, il relève notamment que, pour ce qui concerne la requérante, sa référence au-dessus de 500.000 euros est notée à 530.000 euros, mais que le certificat n'est signé que pour un montant de 356.697,82 euros et que, le cas échéant, « il pourra être demandé [...] de fournir un certificat pour les deux phases ». L'auteur du projet conclut toutefois que, pour la phase de sélection préalable, les trois soumissionnaires « ont fourni tous les documents nécessaires pour juger de leurs capacités économiques, financières et techniques » et qu'elles « sont donc sélectionnées ».

Au stade de la vérification des prix et des coûts, l'auteur du rapport indique que l'offre de la SA GBM présente des prix unitaires ou forfaitaires considérés comme anormaux et que cette entreprise a été interrogée à propos non seulement des prix, mais aussi de divergences avec le cahier spécial des charges. Le rapport mentionne ensuite que, pour tous les prix considérés comme anormaux ainsi que pour les divergences avec le cahier spécial des charges, « la réponse a été jugée satisfaisante » et conclut que « toutes les justifications et réponses aux demandes formulées ont été jugées acceptables ».

Au stade de la comparaison des offres, l'offre de la SA GBM obtient 60 points et celle de la partie requérante 51,85 points pour le critère économique/prix (pour 60 points). Pour le critère de l'optimisation du planning (pour 10 points), l'offre de la SA GBM et celle de la requérante obtiennent toutes les deux 10 points. Ces deux offres obtiennent 15 points pour le critère de l'optimisation du service après-vente (pour 15 points) et pour le critère de l'optimisation de la garantie proposée (pour 15 points).

Au total, l'offre de la SA GBM obtient 100 points/100 et celle de la requérante, 91,85 points/100. Avec ce score, l'offre de la requérante est classée deuxième devant celle d'un troisième soumissionnaire.

En conclusion, l'auteur du projet propose d'attribuer le marché à la SA GBM.

6. Le 12 septembre 2019, le conseil d'administration de la partie adverse décide d'approuver le rapport d'analyse des offres et d'attribuer le marché à la SA GBM pour un montant de 655.708,41 euros HTVA, options comprises.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Cette décision est communiquée à la requérante par un courrier daté du

9 octobre 2019.

IV. Recevabilité du recours

IV.1. Thèses des parties

1. Mémoire en réponse

La partie adverse expose que, bien que l'offre de la requérante ait été classée en deuxième position, il n'est pas certain que celle-ci se serait vu attribuer le marché si l'offre de la SA GBM avait été écartée dès lors qu'il n'est pas certain que la requérante répondait aux critères de sélection, qu'il ressort du rapport d'attribution que la requérante ne répond *a priori* pas au critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire et qu'elle aurait été interrogée sur ce point si elle avait été classée en première position lors de l'analyse des offres. Elle estime qu'il revient, en conséquence, à la requérante, de démontrer, dans le cadre de la présente procédure, qu'elle satisfaisait bien au critère de sélection susvisé afin de justifier son intérêt au présent recours.

2. Mémoire en réplique

La requérante réplique que le rapport d'analyse des offres qu'a fait sien la partie adverse conclut que les trois soumissionnaires sont sélectionnés, que c'est donc pour la première fois, dans le cadre de la présente procédure, que la partie adverse met en doute sa sélection. Elle fait valoir que le Conseil d'État n'admet pas l'invocation, par le pouvoir adjudicateur, d'« irrégularités au sens large des offres » qui n'ont pas été soulevées au stade de l'examen de celles-ci. Elle ajoute qu'en toute hypothèse, la référence commentée par la partie adverse, dans le rapport d'examen des offres, rencontre bien le critère de sélection fixé par les documents du marché. Elle joint à son mémoire en réplique une attestation signée le 23 janvier 2015 qui confirme qu'elle a réalisé, pour un montant de 530.974,22 euros, une cuisine complète dans la maison de repos Le Bacarolle.

3. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse explique que la conclusion du rapport d'analyse des offres avait un caractère provisoire pour la requérante et que, dans l'hypothèse où l'offre de la requérante avait été jugée la plus intéressante, le pouvoir adjudicateur aurait vérifié si les remarques relatives à la sélection pouvaient être levées avant de lui attribuer le marché. Elle relève qu'elle n'a pas attendu la procédure devant le Conseil d'État pour soulever le problème relatif à la sélection de la requérante, puisque ce

problème est déjà identifié dans le rapport d'analyse des offres.

Elle ajoute ce qui suit :

« Il ressort du rapport d'attribution que :

2.1.1. Sélection qualitative - Capacité technique et professionnelle du soumissionnaire

Présentation de 3 références

. L'entreprise GBM	a fourni les références demandées.
. L'entreprise SABEMAF	a fourni les références demandées.
. L'entreprise POLYMAT	a fourni 3 références. La référence au-dessus de 500.000€ est notée à 530.000€ mais le certificat est signé pour un montant de 356.697,82€. Le cas échéant, il pourra être demandé à l'entreprise de fournir un certificat pour les deux phases.

La requérante précisait dans son offre, en page 24, avoir réalisé des travaux similaires pour le CPAS de Verviers pour un montant de 530.000 euros. Or, l'attestation de bonne exécution produite dans l'offre, en page 27, indique un montant de 356.697,82 euros.

Dans le cadre de son mémoire en réplique, la requérante produit une nouvelle pièce n°6 de laquelle il ressort que des travaux de placement d'une cuisine auraient été réalisés pour 530.970 euros pour la SA Franki. L'attestation produite *a posteriori* n'entretient aucun lien avec l'attestation produite dans l'offre, signée pour 356.697,82 euros. En effet, la première attestation émane du CPAS de Verviers, alors que la seconde émane de la SA Franki.

Par ailleurs, il convient de constater que les travaux réalisés pour la SA Franki ne sont pas repris dans la liste de références, produite par la requérante aux pages 23 et suivantes de son offre.

L'attestation produite par la requérante en pièce 6 ne pourrait être jugée acceptable dès lors qu'elle est produite après le dépôt de l'offre et qu'elle n'est pas renseignée dans la liste des références produites en page 23 et suivantes de l'offre.

Pour que son offre puisse être déclarée recevable, il revient à la requérante de produire une attestation visant à démontrer que les travaux réalisés pour le CPAS de Verviers correspondent bien au montant renseigné en page 24 de l'offre, soit 530.000 euros.

Le recours n'est pas recevable ».

4. Dernier mémoire de la requérante

La requérante rappelle que le rapport d'analyse des offres conclut, sans réserve aucune, que « les entreprises GBM, SABEMAF et POLYMAT ont fourni tous les documents nécessaires pour juger de leurs capacités économiques, financières et techniques » et que « les entreprises GBM, SABEMAF et POLYMAT sont donc sélectionnées ». Elle répète que la sélection des soumissionnaires précède l'examen de la régularité des offres et l'évaluation de ces dernières et que le pouvoir adjudicateur ne peut profiter d'une procédure devant le Conseil d'État pour invoquer, pour la première fois, une cause de non-sélection d'un soumissionnaire.

Elle ajoute ce qui suit :

« [...] Dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient, en dépit des termes dénués d'ambiguïté du rapport d'analyse des offres, qu'elle "a bien procédé à l'examen des références fournies et n'a pas attendu le contentieux pour soulever le problème relatif à la sélection de la SPRL POLYMAT".

Contrairement à ce que soutient la partie adverse, n'est nullement développé, en page 6 du rapport d'analyse des offres, un examen de la sélection qualitative à caractère provisoire puisqu'en page 6 figure le titre 2.3 intitulé "Conclusion de la sélection préalable", qui conclut à la sélection de la société POLYMAT, celle-ci ayant "fourni tous les documents nécessaires" pour juger de ses capacités économiques, financières et techniques".

[...] Par ailleurs, la partie adverse déclare que : "dans l'hypothèse où l'offre de la requérante avait été jugée la plus intéressante, le pouvoir adjudicateur aurait vérifié si les deux remarques relatives à la sélection pouvaient être levées avant de lui attribuer le marché".

Tel aurait certainement pu être le cas dans la mesure où la référence suivante produite en page 24 de son offre : "CPAS Verviers – Maison de repos Le Barcarolle pour un montant de 530.000 € à Stembert" rencontre les exigences de sélection qualitative énoncées en page 4 du cahier spécial des charges (à savoir disposer de trois références de travaux similaires au cours des cinq dernières années, dont l'une pour un montant minimum de 500.000 € hors TVA).

La réalité de la référence énoncée ci-avant ne peut raisonnablement être mise en doute à la lecture de l'attestation adressée par le maître d'ouvrage FRANKI SA le 23 janvier 2015 en ce que cette référence atteste que POLYMAT a réalisé en 2014 des "travaux d'aménagement cuisine complète de collectivité pour la maison de repos et de soins sise avenue Jean Lambert à 4801 Stembert", à savoir la maison de repos Le Barcarolle, ce pour un montant hors TVA de 530.974,22 € tel que référencé en page 24 de l'offre de POLYMAT.

En conclusion, même à admettre que la partie adverse ait procédé à un examen provisoire de la sélection qualitative de POLYMAT (en dépit des termes énoncés en page 6 du rapport d'analyse des offres et de la réglementation sur les marchés publics), il s'impose de constater que POLYMAT a avancé dans son offre une référence valable et corroborée par une attestation en bonne et due forme.

L'exception de recevabilité développée par la partie adverse ne peut ainsi, pour les motifs exprimés ci-avant, être accueillie ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 14 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 prévoit que l'instance de recours peut annuler des décisions prises par les autorités adjudicatrices 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. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation « ayant lésé » ou « risquant de léser » la requérante.

En l'espèce, l'intérêt de la requérante au présent recours n'est pas contestable. Elle est un opérateur économique qui a fait offre pour le marché considéré. Dans son premier moyen, elle tend notamment à démontrer que des illégalités commises lors du contrôle des prix ont conduit la partie adverse à retenir

irrégulièrement – et à son désavantage – l’offre de la SA GBM, tandis que l’offre de la requérante est classée deuxième juste derrière cette offre.

L’argument de la partie adverse suivant lequel « il n’est pas certain » que la requérante se serait vu attribuer le marché si l’offre de la SA GBM avait été écartée dès lors qu’ « il n’est pas certain » que la requérante répondait aux critères de sélection ne peut être retenu.

En effet, la « remarque » du rapport d’analyse des offres relative à la référence fournie par la requérante ne se retrouve pas dans les conclusions de ce rapport qui propose la sélection des trois entreprises soumissionnaires en telle sorte que le pouvoir adjudicateur ne peut, au stade du contentieux, soulever une question de sélection qualitative éventuellement problématique alors qu’il lui appartenait, au stade de la procédure de passation, de vérifier les références fournies et qu’il a, dans ce cadre, sélectionné la requérante et procédé à l’examen de son offre. Les interrogations qui figurent à un endroit du rapport d’analyse des offres et les doutes émis par la partie adverse dans ses écrits de procédure ne permettent pas au Conseil d’État de décider, à la place de cette dernière, de la non-sélection de la requérante. Pour cette raison et contrairement à ce que soutient la partie adverse dans son mémoire en réponse, il n’incombe pas à la requérante de démontrer, dans le cadre de la présente procédure, qu’elle satisfaisait bien au critère de sélection susvisé afin de justifier son intérêt au présent recours.

L’exception d’irrecevabilité du recours, tirée du défaut d’intérêt à agir de la requérante, ne peut être accueillie.

V. Premier moyen

V.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 3, 4, 81, 83 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 28, 33, 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* et des dispositions du cahier spécial des charges, de l’erreur manifeste d’appréciation, des articles 4, 5, 28 à 30 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l’information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation

formelle des actes administratifs, des principes généraux du droit administratif et, plus particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de la comparaison effective des offres, de l'obligation de motivation, des principes de minutie, de transparence et de libre concurrence.

Dans une première branche, la requérante reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir attribué le marché public litigieux à la SA GBM en considérant que l'offre déposée par ce soumissionnaire était l'offre régulière économiquement la plus avantageuse alors que les justifications de prix détectés comme anormaux, données par cette société, devaient conduire le pouvoir adjudicateur à considérer l'offre remise comme entachée d'une irrégularité substantielle, que les justifications de prix communiquées par la SA GBM sont manifestement insuffisantes et, partant, inadmissibles et que tout acte administratif doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles.

Après un rappel des principes et dispositions applicables au contrôle des prix, la requérante formule son argumentation comme il suit :

- il appartient au Conseil d'État de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié que la décision de considérer des prix comme normaux a été prise au terme d'une procédure révélant le caractère complet de l'examen des justifications de prix ;
- à l'analyse des offres, l'auteur du projet a noté que l'offre de la SA GBM présentait des prix unitaires ou forfaitaires considérés comme anormaux pour sept postes et a sollicité la justification précise des prix unitaires (prix d'achat des matériaux et matériels, coût de la main-d'œuvre pour le placement et la mise en service avec coût éventuel de livraison et le calcul de la marge bénéficiaire ainsi que prise en compte des dispositions techniques et de l'état du chantier) de ces postes ;
- la SA GBM a transmis des justifications de prix qui, après analyse, ont conduit l'auteur du projet à conclure, pour chaque poste, que la réponse était jugée satisfaisante ;
- la requérante n'a pas accès aux prix unitaires remis par la SA GBM, mais elle est néanmoins en mesure de faire le constat selon lequel les justifications de prix ne sont pas conformes aux exigences formulées dans le courrier de demande de justifications, adressé par la partie adverse, en sorte que celle-ci devait les rejeter sauf à méconnaître les règles en vigueur ; ainsi, la SA GBM ne communique ses fiches techniques que pour deux postes (5.9 « sauteuse basculante électrique » et 12.4 « chariot petit déjeuner »), n'indique pas le coût de la main-d'œuvre pour le placement et la mise en service du matériel et des matériaux proposés ni le coût éventuel de la livraison, n'accompagne pas ses justifications d'une preuve des conditions d'achat exceptionnellement favorables dont elle dit bénéficier (à l'exception du poste « muret technique ») et ne fait pas mention de sa marge

bénéficiaire, mais se limite, après avoir précisé son prix d'achat et son prix de vente, à indiquer que la mise en œuvre et l'installation sont comprises dans le prix de vente ;

- la SA GBM n'a dès lors pas justifié ses prix suivant les attentes formulées par l'auteur du projet qui n'a pas pu indiquer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que les réponses ont été jugées satisfaisantes, car les justifications de prix doivent permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de ce que le prix proposé par le soumissionnaire peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents dudit marché et que tel n'est manifestement pas le cas des justifications communiquées par la SA GBM ;
- en toute hypothèse, les justifications de la SA GBM, en ce qu'elles ne sont ni concrètes ni précises, ne répondent en rien aux exigences dégagées par le Rapport au Roi, étant « la simple confirmation du prix sans explications, la justification confuse, vague ou imprécise », ni à la jurisprudence du Conseil d'État illustrée par les arrêts n° 180.180 du 28 février 2008, n° 237.894 du 31 mars 2017, n° 209.618 du 9 décembre 2010 ou encore considérant que la simple référence au prix d'un fournisseur n'est pas suffisante, puisqu'elle ne dissipe pas l'apparence d'anormalité (C.E., n° 235.628, 19 août 2016 et Civ., Liège, 21 décembre 2017, inédit, 16/1078/A) ;
- la SA GBM se borne, par ailleurs, à faire référence à des conditions d'achat exceptionnellement favorables, mais sans aucune démonstration de l'existence effective de ces conditions d'achat ;
- aucune autre justification concrète n'est avancée, notamment parmi celles figurant à l'article 36, § 2, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ;
- dans le cadre d'un marché de travaux, il est attendu du soumissionnaire qu'il justifie son prix unitaire de manière chiffrée et détaillée, par exemple en le ventilant comme suit : fournitures, main-d'œuvre, bénéfice, frais généraux ; en l'espèce, la SA GBM ne livre aucune précision de cette nature, ce qui aurait dû amener la partie adverse à conclure sans détour à l'irrégularité de son offre ;
- il ressort donc que la SA GBM n'a pas justifié adéquatement les prix détectés comme anormaux pour des postes non négligeables et la partie adverse ne pouvait – sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation – accueillir favorablement ces justifications et déclarer l'offre de la SA GBM régulière ;
- la partie adverse a méconnu l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 qui obligeait de retenir l'irrégularité substantielle de l'offre de la SA GBM en constatant que « le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal » ;
- la motivation de l'acte attaqué est indigente, dès lors que la partie adverse ne développe pas de motifs sérieux, suffisants, exacts et admissibles et ne respecte pas les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, pas plus que les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 ;

- les motifs de l'acte ne permettent pas de comprendre l'acceptation des justifications de prix de la SA GBM alors que celles-ci ne répondent pas à la demande d'interrogation formulée, et sont vagues et imprécises ;
- les motifs de l'acte attaqué laissent penser qu'aucun examen concret et précis des justifications de prix n'a été entrepris par la partie adverse (voire que celle-ci a fait le choix délibéré d'accepter des justifications qui sont inadmissibles) ;
- et le simple constat que les justifications ont été reçues et approuvées n'est pas une vérification sérieuse (C.E., n° 224.168 du 27 juin 2013 et C.E., n° 226.618 du 6 mars 2014).

2. *Mémoire en réponse*

Quant à la première branche, la partie adverse répond, en substance, de la manière suivante :

- la réglementation ne détermine pas ce qu'il faut entendre par « prix anormal » en telle sorte que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si un prix revêt un caractère normal ou non et pour apprécier les justifications fournies par les soumissionnaires dans le cadre de la procédure de contrôle des prix ;
- il ressort de la doctrine que l'appréciation du caractère anormal du prix offert par un soumissionnaire relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration dès lors qu'il n'est pas établi que celle-ci en aurait fait un usage déraisonnable et de la jurisprudence du Conseil d'État que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation des justifications fournies par un soumissionnaire, dans le cadre de la procédure de contrôle du caractère apparemment anormal des prix d'une soumission, que, si le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, il lui revient toutefois de vérifier la réalité et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de ce pouvoir et de censurer le cas échéant une appréciation manifestement déraisonnable, que les prix avantageux obtenus auprès d'une société mère peuvent apparaître comme des conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire et que l'explication de la filiale, selon laquelle il s'agit de pièces en provenance directe de la maison mère et non de pièces disponibles dans le commerce et susceptibles d'être achetées plus cher auprès de divers fournisseurs est plausible (C.E., n° 152.843 du 16 décembre 2005) ;
- il ressort du rapport d'analyse des offres que le pouvoir adjudicateur a bien procédé à une vérification des prix dès lors qu'elle a identifié dans l'offre de la SA GBM les prix qui lui paraissaient anormaux et qu'elle a contrôlé ces prix conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 puisqu'il a interrogé le soumissionnaire par un courrier du 7 août 2019 et qu'il a analysé les justifications apportées par le soumissionnaire dans son courrier du 13 août 2019, en les jugeant

satisfaisantes ;

- dans son courrier de justifications du 13 août 2019, la SA GBM invoque ses conditions d'achat exceptionnellement favorables, ce qui constitue une justification acceptable conformément à l'article 36, 2°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ; le soumissionnaire a également indiqué le prix d'achat, le prix de vente et a précisé que la mise en œuvre et l'installation étaient bien à chaque fois incluses dans le prix de vente, ces éléments suffisant à démontrer que le soumissionnaire bénéficie bien de conditions d'achat exceptionnellement favorables qui lui permettent de proposer des prix plus bas que ses concurrents et la marge bénéficiaire du soumissionnaire pouvant par ailleurs aisément être calculée en soustrayant le prix d'achat du prix de vente ;
- le pouvoir adjudicateur n'a donc pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que les éléments repris dans le courrier du 13 août 2019 étaient suffisants et permettaient de conclure que les justifications apportées étaient satisfaisantes ;
- dans son courrier du 7 août 2019, l'auteur du projet a utilisé une formule type pour solliciter la communication des éléments demandés, mais il n'y avait pas lieu de remettre des fiches techniques dans le cadre de l'offre, ces fiches devant être remises et analysées par l'auteur du projet lors de l'exécution du marché comme cela est montré au second moyen ; par ailleurs, la SA GBM avait remis, de son propre gré, l'ensemble des fiches techniques dans le cadre de son offre ; cette société n'était donc pas tenue de remettre des fiches techniques dans son courrier de réponse dès lors que ces fiches doivent être remises dans le cadre de l'exécution du marché et que celles-ci figuraient en toute hypothèse dans l'offre remise ;
- la SA GBM a donc bien justifié ses prix suivant les attentes formulées par l'auteur du projet contrairement à ce que prétend la requérante ;
- le rapport d'examen des offres reprend en annexe le courrier du 7 août 2019 qui interroge la SA GBM, ainsi que la réponse du soumissionnaire en se référant donc explicitement aux questions posées et aux réponses données par le soumissionnaire pour considérer que ces réponses sont satisfaisantes tandis que le contenu du rapport démontre qu'un raisonnement a été suivi ;
- la requérante dispose ainsi de l'ensemble des éléments lui permettant d'apprécier l'examen réalisé par la partie adverse en matière de prix et le pouvoir adjudicateur ne pouvait par ailleurs violer le principe de confidentialité des offres en exposant en détail les prix proposés par la SA GBM et les raisons pour lesquelles les prix renseignés par cette société dans son courrier sont jugés satisfaisants.

3. Mémoire en réplique

La partie requérante répète qu'un pouvoir adjudicateur doit procéder à un examen concret et effectif des justifications de prix et ne peut, partant, déclarer une

offre régulière en renvoyant simplement aux justifications apportées par le soumissionnaire interrogé sans en apprécier la précision, l'exactitude et la pertinence et que le paragraphe 3 de l'article 36 de l'arrêté du 18 avril 2017 impose au pouvoir adjudicateur d'apprécier les justifications reçues et, dans l'hypothèse où celles-ci sont de nature à exclure toute anomalie, de motiver sa décision à cet égard.

Elle ajoute ce qui suit :

- la partie adverse ne peut pas soutenir n'avoir commis aucune erreur en se limitant, sans autre forme de précisions, à considérer « satisfaisantes » les justifications apportées par la SA GBM ni, *a posteriori*, procéder à une appréciation des justifications transmises alors même qu'elle n'a développé aucun motif en ce sens dans l'acte attaqué ;
- la partie adverse ne pouvait admettre lesdites justifications dès lors que celles-ci sont manifestement insuffisantes pour assurer le caractère normal des prix détectés comme anormalement bas, car il ne suffit pas pour un soumissionnaire, interrogé sur la normalité de ses prix, de confirmer ses prix et de se limiter à invoquer des conditions commerciales exceptionnellement favorables, mais bien de prouver l'existence de telles conditions ;
- la simple énonciation des prix d'achat et de vente ne suffit pas pour démontrer l'existence de telles conditions, à défaut de reposer sur des éléments objectifs (comme, par exemple, les tarifs d'un fournisseur, une facture d'achat/vente, un contrat contenant des conditions commerciales particulières, etc.) ;
- la SA GBM s'est abstenue de produire le calcul de la marge bénéficiaire, le coût de la main-d'œuvre pour le placement et la mise en service des matériels et matériaux proposés ainsi que le coût éventuel de la livraison ;
- s'agissant d'un marché de travaux, comportant une part importante de main-d'œuvre, ces éléments étaient indispensables pour permettre à l'auteur du projet d'opérer une vérification concrète des prix unitaires de la SA GBM.

4. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse fait, dans son dernier mémoire, valoir les éléments suivants :

- « [...] Monsieur l'auditeur relève que GBM s'est référé, en vue de justifier ses prix, à des conditions d'achats exceptionnellement favorables imputables à l'appartenance au réseau Eurochef, sans cependant que l'offre de ce réseau ou le catalogue des prix de ce réseau soient joints au courrier.
Il ajoute qu'il n'apparaît pas que le pouvoir adjudicateur et l'auteur de projet se sont livrés à un examen approfondi de cette affirmation du soumissionnaire interrogé.
Par ailleurs, la motivation reprise dans le rapport quant aux justifications apportées serait, selon lui, stéréotypée.

[...] Contrairement à ce que soutiennent la partie requérante et Monsieur

l'Auditeur, il ressort du rapport d'attribution que la partie adverse a bien procédé à une vérification des prix dès lors qu'elle a identifié dans l'offre de la société GBM les prix qui lui paraissaient anormaux.

Le prix global proposé par chaque soumissionnaire a été jugé satisfaisant par la partie adverse. La société GBM a uniquement été interrogée pour les prix proposés pour certains postes.

La partie adverse a ensuite procédé à un examen de ces prix conformément à l'article 36 de l'arrêté du 18 avril 2017 dès lors qu'elle a interrogé le soumissionnaire par un courrier du 7 août 2019.

Enfin, la partie adverse a analysé les justifications apportées par le soumissionnaire dans son courrier du 13 août 2019 et les a jugées satisfaisantes.

[...] Dans son courrier de justification du 13 août 2019, la société GBM invoque ses conditions d'achats exceptionnellement favorables.

Il s'agit d'une justification acceptable conformément à l'article 36, 2°, qui dispose que les justifications peuvent notamment concerner "les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services".

Par ailleurs, lorsqu'on consulte le site internet d'Eurochef, on constate que GBM est adhérent de ce réseau depuis 2012.

Cette information est publique et aisément disponible sur internet de sorte qu'il ne revenait pas à GBM d'apporter la preuve de sa qualité de membre au réseau.

Pour chacun des postes pour lesquels le prix proposé avait été identifié comme anormalement bas ou élevé par le pouvoir adjudicateur, le soumissionnaire a indiqué le prix d'achat, le prix de vente et a précisé que la mise en œuvre et l'installation étaient bien à chaque fois incluses dans le prix de vente.

Ces éléments suffisent à démontrer que le soumissionnaire bénéficie bien de conditions d'achats exceptionnellement favorables qui lui permettent de proposer des prix plus bas que ses concurrents. La marge bénéficiaire du soumissionnaire peut par ailleurs aisément être calculée en soustrayant le prix d'achat du prix de vente.

La partie adverse a donc pu conclure que la marge bénéficiaire du soumissionnaire était suffisante pour les postes considérés comme anormalement bas et pas trop élevée pour le prix considéré comme anormalement haut, de sorte que les prix proposés n'étaient pas anormaux.

La partie adverse n'a donc pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en considérant que les éléments repris dans le courrier du 13 août 2019 étaient suffisants et permettaient de conclure que les justifications apportées étaient satisfaisantes.

[...] Il convient par ailleurs d'ajouter que, s'agissant d'un marché comportant une grosse part de fournitures qui sont spécifiques à chaque fabricant, les offres devaient contenir toutes les fiches techniques du matériel proposé. Ces fiches ont toutes été analysées scrupuleusement par la partie adverse.

L'offre de GBM contient plus de 140 pages de fiches techniques – toutes jugées conformes à l'exception de 3 pour lesquelles des questions ont été posées. Les réponses apportées ont été jugées satisfaisantes.

La partie adverse a donc procédé à un examen approfondi des offres. Il est important de souligner que l'interrogation du soumissionnaire GBM quant aux prix anormalement bas ou élevés a été réalisée "pour toute sécurité" dès lors que les fiches techniques de ces postes étaient parfaitement conformes au descriptif du CSC.

[...] Quant à la motivation du rapport d'attribution, il convient d'observer que la partie adverse reprend en annexe le courrier du 7 août 2019 par lequel elle interroge la société GBM, ainsi que la réponse du soumissionnaire.

Elle se réfère donc explicitement à ses questions et aux réponses données par le soumissionnaire pour considérer que les réponses données sont satisfaisantes.

Le contenu de l'acte attaqué démontre ainsi qu'un raisonnement a été suivi.

La partie requérante dispose ainsi de l'ensemble des éléments lui permettant

d'apprécier l'examen réalisé par la partie adverse en matière de prix.
La partie adverse ne pouvait par ailleurs violer le principe de confidentialité des offres en exposant en détail les prix proposés par la société GBM et les raisons pour lesquelles les prix renseignés par la sa GBM dans son courrier sont jugés satisfaisants.

Enfin, il n'était pas nécessaire pour la partie adverse de motiver plus amplement sa décision dès lors que les fiches techniques remises par la société GBM étaient conformes au cahier spécial des charges et que l'explication fournie par le soumissionnaire en date du 13 août 2019 éliminait toute possibilité pour l'entreprise d'évoquer un quelconque problème lors de l'exécution des travaux.

La partie adverse se réfère pour le surplus aux arguments développés dans son mémoire en réponse.

La branche n'est pas fondée ».

5. Dernier mémoire de la requérante

La requérante expose ce qui suit :

« [...] Il se déduit de l'avis de M. l'Auditeur que l'acte attaqué est entaché d'illégalités, tant sur le fond que sur la forme.

Sur le fond, à défaut de documents probants accompagnant la réponse à la demande de justification de prix, la partie adverse n'a pas pu examiner les éléments sollicités dans sa demande et, partant, ne pouvait pas considérer "la réponse" satisfaisante comme elle l'a pourtant indiqué.

Sur la forme, l'article 36, § 3, alinéa 1^{er}, 3^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 impose que le pouvoir adjudicateur, après avoir apprécié les justifications reçues du soumissionnaire interrogé, motive dans sa décision d'attribution les raisons pour lesquelles le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.

Or, la motivation développée par la partie adverse est indiscutablement stéréotypée, et à tout le moins indigente.

Pour le reste, les développements reproduits ci-avant de M. l'Auditeur rencontrent directement les critiques émises par POLYMAT et celle-ci n'entend dès lors pas les répéter inutilement, se bornant ainsi à renvoyer aux griefs contenus dans sa requête en annulation et dans son mémoire en réplique.

[...] Dans son dernier mémoire, la partie adverse ne répond pas aux critiques émises par POLYMAT et à l'avis de M. l'Auditeur. Elle se satisfait de confirmer avoir dûment justifié et apprécié les prix apparemment anormalement bas ou haut du soumissionnaire GBM.

Le seul élément concret qui est avancé repose sur l'existence d'un site internet EuroChef, à partir duquel il serait possible de constater que GBM est adhérent de ce réseau depuis 2012.

À nouveau, POLYMAT répète que la partie adverse ne peut, *a posteriori*, procéder à une appréciation des justificatifs de prix puisqu'il ressort du dossier administratif que celle-ci n'a entrepris aucune démarche interne en ce sens. Au demeurant, la simple adhésion de GBM au réseau EuroChef ne constitue pas en soi la démonstration que celle-ci bénéficiait de conditions exceptionnellement favorables (!).

[...] Concernant le calcul de la marge bénéficiaire, POLYMAT souligne que celui-ci n'aurait pu être sérieusement établi par la partie adverse à défaut de reposer sur des données fiables autres qu'une simple confirmation de prix, sans ventilation du coût de la main-d'œuvre pour le placement et la mise en service.

[...] Ainsi, même à considérer qu'elle se soit livrée à cet exercice (qui n'est pas révélé par l'acte attaqué ni par le dossier administratif), la partie adverse aurait indiscutablement commis une erreur d'appréciation puisqu'elle aurait fondé son raisonnement sur l'acceptation de justifications inacceptables.

[...] Concernant enfin l'argument de la partie adverse reposant sur son respect au devoir de confidentialité justifiant qu'elle ne motive pas davantage sa décision d'attribution au regard des justifications de prix apportées par GBM, il est développé artificiellement puisque la première branche du premier moyen ne repose pas sur un manque d'informations à cet égard, mais sur la méthode d'appréciation des justifications et sur la motivation stéréotypée de leur admission. Ainsi, sans violer la confidentialité des offres, la partie adverse aurait pu sans mal motiver sa décision tant en droit qu'en fait.

[...] Pour les motifs exprimés ci-avant, la première branche du premier moyen est fondée ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans la première branche du moyen, la requérante reproche notamment à la partie adverse de ne pas avoir procédé à un examen concret et précis des justifications de prix données par la SA GBM et de ne pas faire reposer sa décision sur des motifs exacts, pertinents et admissibles. Elle dénonce une erreur manifeste d'appréciation en ce que la partie adverse a déclaré régulière l'offre de la SA GBM alors que les justifications de prix remises par cette société sont manifestement insuffisantes, ce que la partie adverse aurait dû constater. Selon la requérante, l'erreur manifeste d'appréciation commise par la partie adverse consiste, en particulier, à avoir estimé que les « réponses » données étaient « satisfaisantes », considéré, sur la base de ces justifications, que les prix proposés par la SA GBM étaient normaux et conclu en conséquence au caractère régulier de cette offre. La requérante invoque aussi une violation de l'obligation de motivation formelle, en reprochant à la décision d'attribution attaquée ainsi qu'au rapport d'analyse des offres auquel celle-ci se réfère de ne pas indiquer en quoi les justifications apportées par la SA GBM ont pu conduire la partie adverse à accepter celles-ci et à considérer comme normaux des prix identifiés au préalable comme apparemment anormaux.

Il ressort de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques que les justifications de prix fournies par un soumissionnaire à la demande du pouvoir adjudicateur sont soumises à l'appréciation de celui-ci, laquelle appréciation suppose un examen concret et effectif de ces justifications. Lorsque le pouvoir adjudicateur confie certaines opérations – telles celles qui ressortissent à l'examen des justifications de prix – à un auteur de projet, il ne peut, sans méconnaître l'obligation d'examen effectif qui lui incombe en vertu de l'article 36 précité, se borner à faire sien un rapport d'analyse des offres établi par cet auteur de projet et qui ne permettrait pas d'établir que celui-ci a effectivement procédé à l'examen requis.

Le principe de l'obligation de motivation matérielle suppose que tout acte administratif doit reposer sur des motifs exacts, en ce qu'ils sont conformes à la

réalité, pertinents en fait et légalement admissibles en droit.

Il revient au Conseil d'État 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. S'agissant du contrôle des prix, imposé par la réglementation des marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour estimer le caractère apparemment anormal d'un prix, déterminer ceux à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications et examiner la validité des justifications apportées par le soumissionnaire concerné. 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.

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 le pouvoir adjudicateur juge nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier certains prix en application de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, la décision de ne pas considérer comme anormaux 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 ressort des pièces du dossier que l'auteur du projet, désigné par le pouvoir adjudicateur, a, en application de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, demandé à la SA GBM la justification détaillée de six prix qui lui semblaient anormalement bas et d'un septième prix apparemment anormalement élevé. Des justifications de prix ont été apportées par cette société dans une lettre du 13 août 2019. Pour ce qui concerne les six postes dont les prix sont considérés comme apparemment anormalement bas, la SA GBM se réfère à des conditions d'achat exceptionnellement favorables imputables à l'appartenance de cette société au réseau Eurochef. Pour le poste dont le prix est considéré comme apparemment anormalement haut, la SA GBM expose que le « muret technique fait partie de l'ensemble bloc cuisson et [que] pour des raisons d'homogénéité de cuissons, [elle est obligée] de le commander chez le fabricant des appareils à cause du système d'ancrage au sol ». La SA GBM indique ensuite, pour chaque poste, le prix d'achat des matériaux ou matériel concernés et le prix de vente et précise que « la mise en œuvre et l'installation sont compris dans le prix de vente ».

Sauf pour ce qui concerne le poste dont le prix est considéré comme

anormalement élevé, pour lequel est produit, en annexe des justifications, l'offre de prix du fournisseur (prix d'achat), la SA GBM ne fournit aucune preuve des prix d'achat pour les autres postes considérés comme problématiques pour lesquels elle invoque, pour justifier ses prix (pointés par la partie adverse comme apparemment anormalement bas), son rattachement au réseau Eurochef et allègue de conditions exceptionnellement favorables. Les offres de ce réseau ou le catalogue des prix de ce dernier ne sont pas produits. Les prix d'achat pour ces postes ne sont aucunement justifiés. La précision – apportée tardivement dans le dernier mémoire – selon laquelle la preuve de l'adhésion de la SA GBM au réseau Eurochef peut facilement être rapportée ne constitue pas la démonstration des prix d'achat particulièrement avantageux dont cette société aurait bénéficié.

Par ailleurs, la SA GBM ne fournit pas, dans ses justifications, la décomposition des prix, comme demandé par l'auteur du projet dans son courrier du 7 août 2019. Ainsi, les coûts de la main-d'œuvre pour le placement et la mise en service ne sont pas précisés. Il est seulement déclaré que ces coûts sont inclus dans les prix de vente. Il n'est pas non plus fait mention de la répartition par poste des frais généraux. Contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, il n'est, dans ces conditions, pas possible d'identifier la marge bénéficiaire dégagée pour chaque poste. La SA GBM n'indique pas non plus les raisons pour lesquelles elle applique entre les prix d'achat et les prix de vente des coefficients différents pour les postes 8.4 (5 %) et 14.1 (9 %), comparés aux autres postes (16,7 %).

Des motifs qui figurent dans le rapport d'analyse des offres, auquel la décision d'attribution renvoie, il n'apparaît pas que le pouvoir adjudicateur et l'auteur du projet, avant lui, se sont livrés à un examen approfondi des justifications remises par la SA GBM, la lettre du 13 août 2019 qui contient ces justifications étant simplement annexée au rapport d'analyse des offres qui mentionne, systématiquement pour chaque poste, que « la réponse a été jugée satisfaisante ». Une telle motivation s'apparente à une clause de style : elle ne permet aucunement de comprendre ce qui a déterminé la partie adverse à décider, au vu des justifications reçues, que les prix proposés étaient admissibles en dépit de leur apparente anormalité. Elle ne constitue pas une motivation formelle adéquate pas plus qu'elle permet de constater que la décision attaquée reposerait sur des motifs exacts, pertinents et admissibles. Par ailleurs, la motivation de la décision d'attribution ne trouve aucun prolongement dans les pièces du dossier administratif. Celui-ci ne contient aucun élément qui permettrait de comprendre comment la partie adverse a pu considérer que les justifications de prix avancées par la SA GBM étaient acceptables, suffisantes, précises, concrètes et étayées en fait.

Plus radicalement, il apparaît que la partie adverse ne pouvait pas, sur la

base des justifications remises par l'adjudicataire – lesquelles sont manifestement insuffisantes pour les motifs qui viennent d'être exposés – et en l'absence de toute autre explication, indiquer que chaque « réponse » est « jugée satisfaisante » et conclure, sur cette base, à la normalité des prix remis et donc au caractère régulier de l'offre de celui-ci. Une telle décision procède d'une erreur manifeste d'appréciation.

L'examen des fiches techniques – dont la partie adverse fait état dans ses écrits de procédure – ne peut pallier les vices qui affectent le contrôle des prix, imposé par la réglementation des marchés publics et dont l'objectif est double : d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics ; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements contraires à une saine concurrence et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence.

Le caractère confidentiel des justifications de prix qui sont données par un soumissionnaire ne peut être invoqué pour justifier la légalité de la décision attaquée. Le grief soulevé dans la première branche du moyen ne repose pas sur un manque d'informations qui n'auraient pas été communiquées, mais sur l'insuffisance du contrôle des justifications opéré par la partie adverse, la motivation stéréotypée de leur admission, le caractère inexact, non pertinent et inadmissible des motifs qui justifient la décision attaquée ainsi que sur l'erreur manifeste d'appréciation dont celle-ci procède.

Le premier moyen, en sa première branche, est fondé.

VI. Autres griefs de la requête

Il n'y a pas lieu d'examiner la deuxième branche du premier moyen ni le deuxième moyen de la requête qui ne sont pas de nature à conduire à une annulation plus étendue.

La requérante soutient toutefois que le traitement de la demande d'indemnité réparatrice, introduite avec son dernier mémoire, « nécessite tant un examen du premier moyen qu'un examen du second moyen, développés dans la requête en annulation ». Interrogé à ce sujet à l'audience, le conseil de la requérante s'est limité à déclarer que le deuxième moyen avait autant d'importance que le premier moyen tant pour ce qui concerne le recours en annulation que la demande

d'indemnité réparatrice puisqu'il dénonçait une irrégularité substantielle dans l'offre de la SA GBM.

Ce faisant, la requérante ne démontre pas concrètement en quoi l'examen de la deuxième branche du premier moyen et du deuxième moyen de la requête serait nécessaire pour statuer sur la demande d'indemnité réparatrice.

En retenant la première branche du premier moyen comme fondée, le Conseil d'État juge notamment que la partie adverse ne pouvait pas, sur la base des justifications remises par l'adjudicataire, conclure à la normalité des prix remis et donc au caractère régulier de l'offre de celui-ci. Dans son deuxième moyen, la requérante soutient, en substance, que la partie adverse ne pouvait pas conclure à la régularité de l'offre de l'adjudicataire au vu des divergences de cette offre avec les clauses techniques du cahier spécial des charges (pour les postes 5.9 et 12.4), clauses qu'elle qualifie de prescriptions essentielles des documents du marché. Dans les deux cas, il est donc reproché à la partie adverse d'avoir attribué le marché à un soumissionnaire ayant remis une offre que la partie adverse ne pouvait considérer comme régulière. Les illégalités en cause dans la première branche du premier moyen et dans le deuxième moyen ont, pour ce qui concerne le traitement de la demande d'indemnité réparatrice, la même efficacité dans l'établissement de leur lien causal avec le dommage allégué et dans la détermination de l'ampleur de celui-ci, c'est-à-dire dans la démonstration d'une perte de chance d'obtenir le marché (en raison notamment des illégalités commises) et dans l'évaluation du manque à gagner parce que le marché n'a pas été attribué à la requérante. Celle-ci ne démontre pas qu'un constat d'illégalité fondé sur le deuxième moyen de la requête constituerait une plus-value dans l'examen de sa demande d'indemnité réparatrice.

Quant à la deuxième branche du premier moyen, la requérante reproche, en substance, à la partie adverse de ne pas avoir procédé à une vérification complète et minutieuse des prix de l'offre de la SA GBM, en particulier pour ce qui concerne les options obligatoires (prix des postes 7 et 14). L'illégalité en cause est, pour ce qui concerne le traitement de la demande d'indemnité réparatrice, moins efficace que l'illégalité retenue à l'occasion de l'examen de la première branche du premier moyen : la requérante, dont l'offre est classée deuxième, peut plus efficacement établir une perte de chance d'obtenir le marché en soutenant que l'offre retenue devait être déclarée irrégulière plutôt que de se limiter à dénoncer le défaut d'une vérification complète et minutieuse des prix de cette offre.

Il n'y a dès lors pas lieu de procéder à l'examen de la deuxième branche du premier moyen et du deuxième moyen de la requête, cet examen n'étant pas nécessaire pour le traitement de la demande d'indemnité réparatrice.

VII. Demande d'indemnité réparatrice

Dès lors que la demande d'indemnité réparatrice a été introduite postérieurement à la requête en annulation, il y a lieu de rouvrir les débats sur cette demande, d'inviter la partie adverse à déposer, dans les soixante jours de la notification du présent arrêt, le mémoire en réponse prévu par l'article 25/3, § 4, alinéa 1^{er}, du règlement général de procédure, et de poursuivre ensuite la procédure conformément à cette disposition.

VIII. Confidentialité

La requérante demande que son offre soit déclarée confidentielle de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à maintenir une concurrence loyale entre entreprises concurrentes. Il s'agit de la pièce 5 annexée à la requête.

Elle formule la même demande pour la pièce 8 de son dossier, annexée à son dernier mémoire, qui contient le calcul prévisionnel de sa marge bénéficiaire qu'elle a établi au moment de remettre offre pour le marché litigieux. Elle explique que cette pièce contient des données protégées par le secret d'affaires, comme « l'origine du matériel et ses références, les prix professionnels, les remises octroyées et remises arrières négociées avec les fournisseurs, les temps et accessoires de montage, le placement de matériel, les coûts de la garantie, les frais de mise en œuvre et de livraison, etc. », et que leur confidentialité doit être assurée pour garantir une saine concurrence entre les entreprises, l'ensemble de ces données étant « le fruit de 40 années d'expérience » et devant encore servir à l'avenir.

La partie adverse dépose, à titre confidentiel, les offres remises par les différents soumissionnaires, le courrier de justifications des prix de la SA GBM du 13 août 2019 ainsi que le rapport d'attribution qui contient, en annexe, la version intégrale du courrier précité ainsi qu'un tableau comparatif des offres. Il s'agit des « pièces couvertes par la confidentialité » A à E du dossier administratif.

Ces demandes et dépôts n'étant pas contestés, il y a lieu, à ce stade, de maintenir la confidentialité de ces pièces.

IX. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure liquidée au montant de base. Il y a lieu de faire droit à sa demande et de lui accorder une indemnité de procédure de 770 euros.

L'annulation de la décision attaquée justifie également que les autres dépens soient mis à la charge de la partie adverse.

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

Article 1^{er}.

La décision du 12 septembre 2019 du conseil d'administration de l'association de droit public Résidence Préfleuri d'attribuer le marché public de travaux ayant pour objet l'« acquisition de matériel de cuisine pour la Résidence Préfleuri – maison de repos et de soins » à la SA GBM pour un montant de 655.708,41 euros HTVA est annulée.

Article 2.

Les débats sont rouverts sur la demande d'indemnité réparatrice.

Article 3.

À compter de la notification du présent arrêt, la partie adverse dispose d'un délai de soixante jours pour déposer le mémoire en réponse prévu par l'article 25/3, § 4, alinéa 1^{er}, du règlement général de procédure.

Article 4

La pièce 5 annexée à la requête en annulation, la pièce 8 annexée au dernier mémoire de la requérante et les pièces A à E du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 19 septembre 2023, par la VI^e chambre
du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,
Florence Piret,
Lionel Renders,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy