

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 260.794 du 25 septembre 2024

A. 229.694/VI-21.663

En cause : **la société à responsabilité limitée POLYMAT SAV,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Pierre RAMQUET et
Daniel PRICKEN, 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 du recours

Dans le dernier mémoire qu'elle a déposé le 8 janvier 2021 dans le cadre du recours en annulation enrôlé sous le numéro de rôle 229.694/VI-21.663, la partie requérante sollicite l'indemnité réparatrice « en raison du préjudice subi par [...] la décision [...] du 12 septembre 2019 [de la partie adverse 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, pour un montant de 655.708,41 euros HTVA], [...] en application de l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État ». Elle demande une indemnité réparatrice « de 172.311,02 €, ou subsidiairement de 75.879,99 € à charge de la partie adverse augmentée des intérêts de retard calculés au taux légal, [...] ce depuis la date de l'acte attaqué jusqu'à la date de paiement effectif de l'indemnité réparatrice, au titre de préjudice subi ».

II. Procédure

Un arrêt n° 257.369 du 19 septembre 2023 a annulé la décision du 12 septembre 2019 précitée, liquidé les dépens relatifs à l'introduction de requête en annulation, en ce compris l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la requérante, tenu pour confidentielles 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, et rouvert les débats sur la demande d'indemnité réparatrice (ECLI:BE:RVSCE:2023:ARR.257.369).

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 25/3 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 14 mai 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 juin 2024.

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

M^e Chloé Nols *loco* M^{es} Pierre Ramquet et Daniel Pricken, avocat, comparissant pour la partie requérante, et M^e Charline Servais, avocat, comparissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M. Éric Thibaut, auditeur général adjoint, a été entendu en son avis conforme au présent arrêt.

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

Les faits utiles à l'examen du recours ont été exposés dans l'arrêt n° 257.369 du 19 septembre 2023.

Par cet arrêt, le Conseil d'État a annulé « 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 ». Le Conseil d'État a jugé fondée la première branche du premier moyen de la requête en annulation, sur la base des motifs suivants :

« 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 comprises 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 derniers 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 ».

Dans le cadre de l'examen de la recevabilité du recours en annulation, le Conseil d'État a jugé ce qui suit :

- « 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 ».

IV. Exposé du préjudice subi

IV.1. Thèses des parties

A. Dernier mémoire de la requérante déposé dans le cadre de la procédure d’annulation, contenant la demande d’indemnité réparatrice

La requérante expose que les conditions de l’article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d’État sont réunies, car elle a subi un préjudice du fait de l’illégalité de l’acte attaqué : elle aurait dû obtenir le marché litigieux puisque son offre a été classée deuxième et était régulière, en telle sorte que l’illégalité de la décision d’attribution a directement provoqué le préjudice subi puisqu’elle a été privée d’un marché qui devait lui revenir, l’offre de la SA GBM devant être écartée en raison de l’irrégularité substantielle dont elle est atteinte.

Selon elle, les développements des moyens démontrent l’existence d’une double illégalité en lien causal avec le préjudice subi. Concernant la première branche du premier moyen de la requête en annulation, la requérante conclut que la SA GBM n’a pas justifié adéquatement ses prix détectés comme anormaux, en sorte que la partie adverse ne pouvait – sans commettre d’erreur manifeste d’appréciation

– admettre ces justifications et déclarer régulière l’offre de la SA GBM. Elle explique que la partie adverse a méconnu l’article 36, § 3, de l’arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques qui l’obligeait à écarter l’offre de la SA GBM pour irrégularité substantielle en constatant que « le montant d’un ou plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal ».

Elle indique que l’article 16, alinéa 3, 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 n’est pas applicable et qu’elle est dès lors libre de faire état de son dommage réel. Elle expose qu’en marché public passé par appel d’offres, l’indemnisation est composée de deux éléments : la perte d’une opportunité d’attribution d’un marché public (perte de référence, perte de chiffre d’affaires et perte du bénéfice escompté) et l’indemnisation des frais (inutilement encourus) pour l’élaboration ou le dépôt de l’offre, notamment les frais d’étude et d’administration.

Elle réclame un montant total de 172.311, 02 euros couvrant (1) le manque à gagner évalué à un montant total de 163.824,92 euros, représentant la marge brute de ce marché, majorée du bénéfice avant impôts raisonnablement escompté, tel que cela est développé par l’expert-comptable dans une attestation rédigée le 28 décembre 2020 pour les besoins de la procédure (pièce 7) ainsi que (2) les frais d’élaboration de l’offre évalués à 8.486,10 euros, calculés sur la base du taux horaire réel résultant des tableaux dressés par le secrétariat social, tenant compte de l’attribution des différents avantages sociaux tels que les chèques repas, les écochèques, les assurances groupe, les voitures de société, etc., sans tenir compte des frais divers de bureau, de fourniture et d’infrastructure (pièce 7). Elle ajoute que le montant total doit être augmenté des intérêts de retard calculés au taux légal, depuis la date de l’acte attaqué jusqu’à la date de paiement effectif de l’indemnité réparatrice.

Elle précise que l’évaluation du manque à gagner par l’expert-comptable est corroborée par le calcul prévisionnel de marge bénéficiaire (pièce confidentielle 8) dressé au moment de remettre offre dans le cadre de ce marché, estimant une marge brute d’un montant de 166.733 euros, et destiné à l’attention exclusive du Conseil d’État, car contenant des données confidentielles liées au secret des affaires, à son activité et à ses intérêts commerciaux.

Elle réclame, à titre subsidiaire, une indemnité forfaitaire de 10 % du montant de son offre « en référence à l’article 24 de la loi du 15 juin 2006, et à

l'article 16, alinéa 3 de la loi du 17 juin 2013 », ce que le Conseil d'État a admis dans un arrêt n° 244.490 du 16 mai 2019 (ECLI:BE:RVSCE:2019:ARR.244.490), ce qui donne, au titre de préjudice subi, un montant de 75.879,99 euros, augmenté des intérêts de retard calculé au taux légal depuis la date de l'acte attaqué jusqu'à la date de paiement effectif de l'indemnité réparatrice.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse se réfère à la sagesse du Conseil d'État quant au constat d'illégalité.

Quant au dommage, elle expose que l'indemnité réparatrice est une notion autonome, que le Conseil d'État doit tenir compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé, ce qui implique que l'indemnité ne doit pas nécessairement réparer l'intégralité du préjudice, et qu'il incombe à la requérante de démontrer l'existence du préjudice subi et d'évaluer celui-ci.

Quant au manque à gagner invoqué par la requérante, elle répond que le rapport de l'expert-comptable manque de précision en ce qui concerne la marge brute du marché, calculée en intégrant « 16,59 % (part du marché (si obtenu) sur le chiffre d'affaires en %) x 1.135. 677 euros (montant du « *Break Event Point* » permettant l'absorption de tous les frais généraux de l'entreprise) + 655.708,41 euros (valeur initiale du marché HTVA) x 5 % (bénéfice net escompté) = dommage subi ». Selon la partie adverse, la requérante se contente de prendre en compte le pourcentage qu'aurait représenté la réalisation du marché par rapport à son chiffre d'affaires annuel, pour faire un calcul grossier de ses frais généraux et fixer un pourcentage de 5 % de bénéfice escompté, alors que ces montants ne sont, d'aucune manière, justifiés dans le rapport de l'expert-comptable. Elle ajoute que le raisonnement suivi ne prend pas en compte les coûts réels auxquels la requérante aurait dû faire face si elle avait dû réaliser le marché qui portait sur des travaux en vue de la livraison, du placement et de l'appareillage d'une cuisine alors que le coût des meubles de cuisine n'est pas repris dans l'attestation dressée par l'expert-comptable : la requérante évalue ainsi son dommage de manière purement forfaitaire et approximative et qui ne correspond, d'aucune manière, à une évaluation réelle du préjudice qu'elle prétend avoir subi. La partie adverse relève qu'il est de plus en plus fréquent que les juridictions rejettent le recours à des formules de calcul forfaitaires lorsque le dommage est sérieusement contesté et soutient que le dommage doit être indemnisé selon le droit commun de la responsabilité contractuelle lorsque la législation des marchés publics n'y déroge pas. Elle conclut que le préjudice évalué

par la requérante n'est ni objectif ni avéré, mais simplement l'expression d'une formule d'indemnisation forfaitaire inappropriée.

Pour ce qui concerne les frais d'élaboration de l'offre, elle fait observer que tout soumissionnaire qui participe à un marché public prend le risque de ne pas voir son offre retenue et accepte que le temps passé à élaborer celle-ci ne soit pas indemnisé dans l'hypothèse où elle n'est pas retenue. Elle en déduit que la requérante ne peut solliciter la réparation de ce poste, car il n'y a manifestement pas dommage. Elle ajoute, à titre subsidiaire, que la requérante ne produit aucune pièce permettant de justifier le calcul de son dommage qu'elle chiffre, pour ce poste de préjudice, à 8.486,10 euros. Elle relève encore, à titre infiniment subsidiaire, que le Conseil d'État a déjà jugé que la constitution d'une offre est un investissement effectué par un soumissionnaire, soit à fonds perdu si celui-ci n'obtient pas le marché, soit rentable s'il l'obtient en telle sorte que la réparation du préjudice que le demandeur lie à cet investissement doit, en règle, être considérée comme couverte au titre de l'indemnisation de la perte de chance. Selon elle, la requérante ne fait pas état d'éléments qui autoriseraient à réparer ce préjudice complémentirement à la réparation de la perte de chance (C.E., arrêt n° 246.852 du 27 janvier 2020 - (ECLI:BE:RVSCE:2020:ARR.246.852)).

Elle expose que l'indemnité forfaitaire de 10 % pourrait éventuellement être accordée pour autant qu'un lien de causalité entre l'irrégularité constatée et le dommage soit démontré.

Quant au lien causal, elle affirme qu'il n'y a pas de lien de causalité pour l'ensemble des dommages vantés et l'illégalité constatée par l'arrêt d'annulation.

Elle soutient, en premier lieu, que la requérante ne pouvait se voir attribuer le marché dès lors qu'elle ne répondait pas aux critères de sélection de la capacité technique et professionnelle à attester par un minimum de trois références distinctes de travaux similaires, terminés et réceptionnés et atteignant, pour deux références, un montant minimum de 300.000 euros HTVA chacune dans le secteur de la santé et, pour l'autre référence, un montant minimum de 500.000 euros HTVA en milieux autres qu'industriel, références corroborées par des certificats de bonne exécution. Selon elle, il ressort du rapport d'attribution que la requérante ne répond *a priori* pas au critère de sélection susmentionné. Elle en déduit que la requérante aurait été interrogée sur ce point si elle avait été classée en première position lors de l'analyse des offres. Elle souligne que la requérante précisait dans son offre avoir réalisé des travaux similaires pour le CPAS de Verviers pour un montant de 530.000 euros, mais que l'attestation de bonne exécution produite dans l'offre indiquait un

montant de 356.697 euros. Elle relève que, dans le cadre du mémoire en réplique déposé dans le cadre de la procédure en annulation, la requérante a 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, mais que cette attestation produite *a posteriori* n'entretient aucun lien avec l'attestation produite dans l'offre et qu'elle ne concerne pas des travaux repris dans la liste de références produites aux pages 23 et suivantes de l'offre de la requérante. Elle en déduit qu'il n'y a pas de lien de causalité entre le dommage vanté et l'irrégularité relevée.

Elle ajoute, en deuxième lieu, que si l'illégalité retenue par le Conseil d'État n'avait pas été commise, la requérante n'aurait tout de même pas obtenu le marché public querellé, car le pouvoir adjudicateur pouvait parfaitement interroger à nouveau cette société, accepter les justifications remises et retenir l'offre de cette dernière. Elle estime que le constat d'un examen non minutieux des prix ne peut conduire à la conclusion que l'offre affectée de prix apparemment anormaux aurait en toute hypothèse dû être écartée. Elle en déduit que le lien causal entre le dommage et l'illégalité n'est pas établi et que la demande d'indemnité réparatrice n'est donc pas fondée.

Pour ce qui concerne les frais d'élaboration de l'offre, elle fait observer que le dommage allégué n'a pas pour cause l'illégalité constatée ou même la décision d'attribution annulée, mais bien la décision prise par la requérante de prendre part au marché.

Elle fait valoir, à titre subsidiaire, que seule la perte d'une chance pourrait être invoquée par la requérante dès lors qu'elle n'avait aucune certitude de se voir attribuer le marché puisqu'elle n'était pas certaine d'être sélectionnée et qu'il n'est aucunement établi que l'offre de la SA GBM aurait nécessairement été écartée dans l'hypothèse où un examen minutieux des prix avait été opéré. Elle ajoute qu'une évaluation concrète du dommage est impossible et que seule une indemnité forfaitaire pourrait éventuellement être appliquée. Selon elle, il convient, à titre subsidiaire, de calculer la perte de chance sur le montant réclamé. Elle estime que la probabilité d'obtention du marché public par la requérante s'évalue entre 0 et 50 % dès lors qu'il est impossible de connaître les effets concrets de la vérification effective des prix de la SA GBM sur l'évaluation de son offre et que les critères de sélection auraient été vérifiés dans le chef de la requérante si son offre avait été classée en première position. Elle évalue cette perte de chance à 33,33 % puisqu'il y avait trois soumissionnaires en lice et soutient que l'indemnité réparatrice doit, au mieux pour la requérante, être calculée de la manière suivante : $(758.799,98 \text{ euros} / 3) \times 10 \%$.

Elle conclut que l'indemnité réparatrice s'évalue à titre principal, à zéro euro et, à titre subsidiaire, *ex aequo et bono*, à 25.293,33 euros.

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique que le constat d'une illégalité est révélé par l'arrêt du 19 septembre 2023 qui a retenu la première branche du premier moyen comme fondée, en considérant 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.

Elle souligne que, par l'arrêt précité, le Conseil d'État a considéré qu'il n'y avait pas lieu de procéder à l'examen de la deuxième branche du premier moyen et du deuxième moyen, cet examen n'étant pas nécessaire pour le traitement de la demande d'indemnité réparatrice dès lors que, soit les illégalités en cause ont « la même efficacité » (dans l'établissement de leur lien causal avec le dommage allégué et dans la détermination de leur ampleur), soit la requérante 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 ».

Pour ce qui concerne le lien de causalité, elle expose avoir subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte attaqué, car elle aurait nécessairement dû obtenir le marché litigieux puisque son offre a été classée deuxième et était régulière.

Elle rappelle que, dans l'arrêt d'annulation, le Conseil d'État a relevé que la partie adverse ne pouvait pas, sur la base des justifications remises par l'adjudicataire 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 et qu'une telle décision procède d'une erreur manifeste d'appréciation. Elle estime qu'à défaut de pouvoir conclure au caractère régulier de l'offre de la SA GBM, la partie adverse aurait dû l'écarter et, l'offre de la requérante étant classée deuxième, elle aurait obtenu le marché en cause en telle sorte que l'illégalité de l'acte attaqué a provoqué le préjudice subi puisque celle-ci a été privée d'un marché qui devait lui revenir. Elle répète que la partie adverse a méconnu l'article 36, § 3, 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.

À propos du lien de causalité, elle réplique que la question de la satisfaction de la requérante aux critères de sélection a déjà été soulevée dans le cadre de la procédure en annulation. Elle renvoie, d'une part, aux observations formulées à ce sujet dans son (premier) mémoire en réplique et son (premier) dernier mémoire, et, d'autre part, à l'appréciation du Conseil d'État portée dans l'arrêt d'annulation. Selon la requérante, le fait pour la partie adverse de réitérer cette critique revient à remettre en cause l'autorité de chose jugée attachée à cet arrêt, ce qui ne se peut.

Elle ajoute qu'en réponse à la critique de la partie adverse, elle a déposé l'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. Elle expose que « la SA Polymat a déjà produit en pièce 6 une attestation signée par la SA Franki le 23 janvier 2015 qui atteste que la SRL Polymat a réalisé 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 (sise avenue Jean Lambert 99 à 4801 Stembert) dont le maître de l'ouvrage (final) est le CPAS de Verviers, ce pour un montant hors TVA de 530.974,22 € », que « [...] ces travaux ont été réalisés en sous-traitance par la SRL Polymat, pour compte de la SA Franki (entreprise générale de construction) sur le chantier de la maison de repos le Barcarolle dont le CPAS de Verviers est le maître d'ouvrage (final) », ce qui « explique que l'attestation dont question émane de la SA Franki, maître d'ouvrage à l'égard de la SRL Polymat ». Elle relève encore que la référence avancée dans son offre en page 24 faisait clairement référence au CPAS de Verviers et à l'établissement « maison de repos – Le Barcarolle – 2014 – cuisine complète maison de repos [...] – soins de santé – 530.000 € – Stembert ».

Elle fait encore valoir que l'argument de la partie adverse à propos de l'écartement incertain de l'offre de la SA GBM, en cas de nouvelle interrogation, méconnaît à nouveau l'autorité de chose jugée attachée à l'arrêt d'annulation qui a reconnu que l'offre de la SA GBM ne pouvait être tenue pour régulière et non uniquement mis en évidence un défaut dans la vérification des prix. Elle soutient que si l'illégalité retenue par le Conseil d'État n'avait pas été commise, l'offre de la SA GBM n'aurait pas été tenue pour régulière et l'offre de la requérante aurait été classée en première position. Elle précise que la partie adverse a pu apprécier les justifications de prix remises par la SA GBM et les a acceptées, sans juger « nécessaire » d'interroger à nouveau celle-ci, en sorte qu'elle n'est pas autorisée à présent à invoquer cette faculté dont elle n'a pas fait usage.

À propos de l'existence d'un préjudice, elle répète qu'à défaut d'application de l'article 16, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 au marché litigieux, elle est libre de faire état de son dommage réel, ce que ne conteste pas la partie adverse dans son mémoire en réponse.

Elle distingue les intérêts moratoires des intérêts compensatoires, en faisant valoir que « l'indemnité réparatrice doit [...] être augmentée des intérêts compensatoires calculés au taux légal depuis l'adoption de l'acte attaqué [et] des intérêts moratoires calculés au taux légal depuis la date de l'arrêt à intervenir jusqu'à complet paiement ».

Elle explique avoir déposé, en pièce 7, l'attestation de l'expert-comptable et le détail de ses frais généraux extrait de sa comptabilité et, en pièce confidentielle 8, un fichier exprimant, données réelles et chiffrées à l'appui, la marge bénéficiaire prévisionnelle du marché litigieux, en telle sorte qu'il est inexact d'avancer qu'il est fait exclusivement usage d'une méthode d'évaluation forfaitaire, sans égard à la réalité du préjudice subi.

Elle s'en réfère à l'appréciation du Conseil d'État quant à la tenue d'une expertise aux fins de déterminer contradictoirement le préjudice réellement subi.

Elle indique qu'à titre subsidiaire, une indemnité forfaitaire de 10 % du montant de son offre doit, à tout le moins, être accordée « en référence à l'article 16, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 », ce que la partie adverse ne conteste pas quant au principe et ce que le Conseil d'État a admis au travers de plusieurs arrêts.

Elle ajoute que le préjudice subi n'est pas constitutif d'une perte de chance, mais constitue un manque à gagner direct dès lors que le marché devait lui être attribué vu qu'elle a déposé l'offre régulière la plus avantageuse et que, dès lors, son préjudice ne doit pas être évalué en application d'un pourcentage de probabilité.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse fait valoir les éléments suivants :

- « 1. Concernant le lien de causalité, la partie adverse ne peut suivre Monsieur l'auditeur lorsqu'il soutient que :
- “Pour ce qui concerne le contrôle de la normalité des prix, le pouvoir adjudicateur ne peut maintenant soutenir, après s'être satisfait des explications présentées par l'attributaire, qu'il aurait pu interroger ce futur attributaire et mieux motiver la décision d'attribution alors qu'il ne l'a pas fait.

La procédure en indemnité réparatrice, pas plus que celle au contentieux de l'annulation, ne sauraient être entendues comme les lieux de possibles adaptations d'un acte administratif, cet acte ne contenant aucune des adaptations qui ne constituent que de possibles réécritures non réalisées de l'acte administratif".

La recherche de l'existence d'un lien de causalité entre le dommage vanté et l'illégalité constatée consiste en effet à développer des hypothèses fictives afin de déterminer comment les choses se seraient fictivement déroulées en l'absence du fait ou comportement considéré comme irrégulier.

Le Conseil d'État a retenu en l'espèce comme irrégulière l'analyse des prix de la SA GBM réalisée par le pouvoir adjudicateur. Il a considéré que les justifications fournies par la SA GBM étaient insuffisantes et que le pouvoir adjudicateur n'a pas procédé à un examen approfondi de ces justifications. Le Conseil d'État a conclu que la partie adverse ne pouvait pas juger ces justifications satisfaisantes et conclure à la normalité des prix remis.

Il convient donc de déterminer – de manière fictive toujours – si l'offre de la requérante aurait nécessairement été retenue en l'absence du comportement irrégulier de la partie adverse. Il convient pour cela de remplacer le comportement irrégulier par un comportement régulier.

Si la partie adverse avait procédé à une analyse approfondie et correcte des prix, elle aurait alors conclu que les justifications de prix fournies par la SA GBM n'étaient pas suffisantes et deux cas de figure étaient alors possibles :

- Soit elle décidait d'interroger à nouveau la société GBM pour lui demander de compléter ses justifications comme elle est autorisée à la faire en vertu de la réglementation sur les marchés publics (l'article 36, §2, dernier alinéa de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit en effet que « [s]i nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit ») ;
- Soit elle décidait de ne pas réinterroger la société GBM quant à ses prix et de conclure à l'irrégularité de son offre.

Dans le premier cas de figure, trois hypothèses étaient possibles :

- Le pouvoir adjudicateur pouvait conclure à la normalité des prix remis suite à cet examen licite des prix et attribuer le marché à la sa GBM ;
- Le pouvoir adjudicateur pouvait conclure au caractère anormal des prix remis, rejeter l'offre de la SA GBM et attribuer le marché à la requérante ;
- Le pouvoir adjudicateur pouvait conclure au caractère anormal des prix remis, rejeter l'offre de la SA GBM, mais décider de ne pas attribuer le marché comme lui permet l'article 85 de la loi du 17 juin 2016.

Dans le second cas de figure, deux hypothèses étaient possibles :

- Le pouvoir adjudicateur pouvait attribuer le marché à la requérante ;
- Le pouvoir adjudicateur pouvait décider de ne pas attribuer le marché comme lui permet l'article 85 de la loi du 17 juin 2016.

Il y a donc lieu de constater qu'il n'est pas possible de soutenir de manière certaine que le marché litigieux aurait nécessairement dû être attribué à la requérante en l'absence de l'irrégularité retenue par le Conseil d'État. Il était en effet possible que la partie adverse décide de réinterroger la société GBM dans le cadre d'un examen correct des prix et qu'elle conclue, à l'issue de cet examen, à la normalité des prix remis, sans commettre aucune erreur manifeste d'appréciation. Il était également possible qu'elle renonce à attribuer le marché.

Le fait de considérer qu'il était possible pour le pouvoir adjudicateur d'interroger à nouveau la société GBM quant à ses prix pour que celle-ci complète ses justifications ne consiste donc pas à procéder à des "adaptations de l'acte administratif", mais à faire une application concrète de la théorie de l'alternative légitime pour déterminer s'il existe bien un lien de causalité entre le dommage vanté et l'irrégularité constatée.

Dès lors qu'il n'est pas possible d'affirmer que l'offre de la partie requérante aurait nécessairement été classée en première position en l'absence d'irrégularité,

il convient dès lors de considérer que la requérante a simplement perdu une chance de se voir attribuer le marché litigieux.

2. Quant à l'appréciation de la perte de chance et son calcul, la partie adverse se réfère à son mémoire en réponse.

3. Quant au montant de l'indemnité réparatrice, la partie adverse considère que c'est à bon droit que Monsieur l'auditeur soutient que :

- Le manque à gagner invoqué par [la requérante] ne peut servir de base à l'indemnité réparatrice dès lors que le raisonnement proposé n'est pas suffisamment clair ;
- Il n'y a pas lieu à indemnité réparatrice pour ce qui concerne les frais d'élaboration de l'offre.

Si la partie adverse ne s'oppose pas à ce qu'il soit fait application d'un pourcentage de 10 % de l'offre par analogie avec l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 (dans l'hypothèse où l'existence d'un lien de causalité devait être établi, *quod non*), elle maintient néanmoins que seule une perte de chance d'obtenir le marché peut être invoquée par la partie requérante.

Elle a évalué cette perte de chance à 33,33 %.

L'indemnité réparatrice réclamée par la partie requérante s'évalue donc :

- À titre principal, à 0 euro ;
- À titre subsidiaire, *ex aequo et bono*, à 25.293,33 euros ;

La partie adverse se réfère pour le surplus à son mémoire en réponse ».

E. Dernier mémoire de la requérante

La requérante formule les observations suivantes à la suite du rapport de l'auditeur général adjoint et du dernier mémoire de la partie adverse :

« 5. La SRL POLYMAT entend formuler les observations suivantes quant au montant de l'indemnité réparatrice sollicité à titre principal :

- Pour l'exercice 2019, la SRL POLYMAT a réalisé un chiffre d'affaires de 3.814.333 €, comme en atteste la pièce comptable versée au dossier de la procédure à titre confidentiel (pièce [confidentielle] 9). Son offre représentait 14,26 % (offre sans options) et 19,89 % (offre avec options) de son chiffre d'affaires en 2019. Le pourcentage retenu par l'Expert [...] (16,59 % pour l'offre options comprises) constitue dès lors une base acceptable (étant précisé que l'évaluation dressée par l'expert [...] reposait sur des chiffres non définitifs, ce qui explique la différence en présence) ;
- Au moment où la SRL POLYMAT a introduit (et donc développé) sa demande en indemnité réparatrice, les données les plus récentes avaient trait à l'exercice comptable 2019 ;
- Dans l'évaluation du préjudice réel, il est pertinent de prendre en compte le taux de couverture des frais généraux dès lors que ceux-ci font partie des éléments propres au soumissionnaire et constitue ainsi une donnée concrète à prendre en considération. Pour rappel, ces frais sont relatifs aux coûts fixes et de fonctionnement de l'entreprise, en sorte que la perte d'un marché empêche l'entreprise d'absorber une partie de ces frais *via* le chiffre d'affaires escompté ;
- La marge brute estimée par la SRL POLYMAT (166.733 €) diffère quelque peu de la marge brute calculée par l'Expert [...] (163.824,92 €) en raison du moment où ont été dressées ces estimations : la première au moment de la soumission, la deuxième en décembre 2020, ce que l'attestation en pièce 7 précise explicitement.

6. Par ailleurs, la SRL POLYMAT note que M. l'Auditeur général adjoint met en évidence que "si certes [...] l'offre économiquement la plus avantageuse n'a pas été déterminée (juridiquement) sur la seule base du prix (ici, factuellement, oui), l'indemnité réparatrice allouable à la partie requérante peut être fixée à 10 % du montant de son offre", en référence à la jurisprudence de Votre Conseil. Ce constat justifie plus encore, comme le permet l'article 11bis des lois coordonnées, que la SRL POLYMAT se voit au moins allouer à titre subsidiaire une indemnité forfaitaire de 10 % du montant de son offre, à majorer des intérêts.

[...]

8. La SRL POLYMAT répète que :

- la partie adverse méconnaît l'autorité de chose jugée de l'arrêt de Votre Conseil qui a reconnu que l'offre de la SA GBM ne pouvait être retenue pour régulière, et non uniquement mis en évidence un défaut dans la vérification des prix ;
- en référence à la jurisprudence constante de Votre Conseil (dont la partie adverse s'écarte sans justification), si l'illégalité retenue n'avait pas été commise, l'offre de la SA GBM n'aurait pas été retenue pour régulière, et l'offre de la SRL POLYMAT aurait été classée en première position.
- la partie adverse a pu apprécier les justifications de prix remises par la SA GBM et les a acceptées, sans juger "nécessaire" d'interroger à nouveau celle-ci, en sorte qu'elle n'est pas autorisée à présent à invoquer cette faculté dont elle n'a pas fait usage.

C'est en ce sens que M. l'Auditeur général adjoint a indiqué que la procédure en indemnité réparatrice ne saurait être entendue comme le lieu de possibles adaptations d'un acte administratif, cet acte ne contenant aucune des adaptations qui ne constituent que de possibles réécritures non réalisées de l'acte administratif.

L'exercice auquel se livre la partie adverse dépasse l'application de la théorie sur laquelle elle s'appuie ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 144, alinéa 1^{er}, de la Constitution réserve aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire la compétence de connaître des contestations qui ont pour objet des droits civils. L'alinéa 2 de cette disposition prévoit, par exception, que « la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions ».

L'article 11bis des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose, en son alinéa 1^{er}, que « [t]oute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence ».

L'indemnité réparatrice constitue une notion autonome qui se distingue tant de la réparation du dommage sur la base des dispositions du Code civil que de l'indemnité « en équité » de l'article 11 des lois coordonnées précitées et dont « il convient de laisser au Conseil d'État le soin de dégager progressivement les modalités au travers de sa jurisprudence » (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, commentaire des articles, n° 5-2233/1, pp. 6-7). Par ailleurs, l'obligation pour le Conseil d'État de tenir compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé, comme le prescrit l'article 11*bis* précité, se justifie, selon le législateur, « notamment par la nécessité de maintenir un équilibre entre la partie qui poursuit l'annulation et la partie adverse » (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, commentaire des articles, n° 5-2233/1, p. 7) et implique que l'indemnité ne doit pas réparer l'intégralité du préjudice (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, avis de la section de législation n° 59/933/AG du 29 août 2013, n° 5-2233/2, p. 8).

Par l'arrêt n° 257.369 du 19 septembre 2023, le Conseil d'État a annulé 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. Le Conseil d'État a notamment jugé que la partie adverse ne pouvait pas, sur la base des justifications manifestement insuffisantes de l'adjudicataire – et en l'absence de toute autre explication – conclure à la normalité des prix remis et au caractère régulier de l'offre de celui-ci.

Il appartient à la requérante de démontrer un lien de causalité entre l'illégalité ainsi constatée et le préjudice dont elle se plaint, cette démonstration devant établir que ce préjudice ne se serait pas produit sans l'illégalité commise par la partie adverse. En outre, l'indemnisation d'un préjudice sur la base de l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État ne trouve à s'appliquer que lorsque l'acte administratif illégal a, en dépit de son effacement *ab initio* de l'ordre juridique ou du constat d'illégalité, engendré un préjudice que ceux-ci ne peuvent réparer. La charge de la preuve de l'existence de ce préjudice et la détermination du montant de l'indemnité réparatrice incombent également à la requérante.

En l'occurrence, le marché a été conclu avec l'adjudicataire et il a été exécuté. La requérante expose que le préjudice subi consiste dans la perte d'une attribution de ce marché ainsi que dans les frais pour l'élaboration et le dépôt de l'offre.

Sous l'angle du lien causal, il faut d'emblée relever, avec la partie adverse, que le préjudice dont se plaint la requérante, lié aux frais qu'elle a exposés pour l'élaboration et le dépôt de son offre, n'est pas subi du fait de l'illégalité constatée par l'arrêt d'annulation. Le dommage allégué résulte de la décision prise par la requérante de participer à la procédure d'attribution du marché litigieux. Du reste, la constitution d'une offre est un investissement effectué par un soumissionnaire, soit à fonds perdu si celui-ci n'obtient pas le marché, soit rentable s'il l'obtient. S'il ne remporte pas le marché alors qu'il aurait dû (ou qu'il avait une chance de) l'obtenir, la réparation du préjudice que la requérante lie à cet investissement est couverte au titre de l'indemnisation accordée pour la perte de (chance de) l'attribution du marché.

La question se pose de savoir si l'illégalité constatée dans l'arrêt d'annulation a causé la perte de ce marché – comme le soutient la requérante –, si le marché aurait échappé à la requérante – comme le soutient la partie adverse à titre principal – ou si l'illégalité a seulement causé la perte d'une chance d'obtenir le marché – comme le soutient la partie adverse à titre subsidiaire –.

Les thèses développées par la partie adverse ne peuvent être suivies.

La partie adverse soutient, en premier lieu, que la requérante ne pouvait de toute façon pas se voir attribuer le marché dès lors qu'elle ne répondait pas aux critères de sélection de la capacité technique et professionnelle, à défaut de produire une référence de travaux similaires, terminés et réceptionnés, atteignant un montant de 500.000 euros HTVA en milieux autres qu'industriels, référence corroborée par un certificat de bonne exécution.

Déjà saisi de cet argument pour juger de la recevabilité du recours en annulation, le Conseil d'État a jugé, dans l'arrêt n° 257.369, que le rapport d'analyse des offres – auquel se réfère la décision d'attribution du marché litigieux – conclut à 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 » et que « [l]es 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 ».

Une partie adverse ne peut pas, en principe, invoquer la non-sélection d'un soumissionnaire pour la première fois dans une procédure devant le Conseil d'État si l'anomalie alléguée n'a pas été relevée dans la décision d'attribution. Dans le cadre d'une procédure en indemnité réparatrice, le caractère non sélectionnable de la requérante peut toutefois être pris en compte pour vérifier l'existence d'un lien de causalité entre l'illégalité constatée par l'arrêt d'annulation et le préjudice vanté si ce caractère peut être appréhendé comme un « élément factuel » du dossier, ce qui implique que la partie adverse démontre, de manière incontestable, que la requérante n'était pas sélectionnable.

Force est de constater qu'en l'espèce, la partie adverse ne rapporte pas cette preuve. D'une part, comme il a déjà été relevé dans l'arrêt d'annulation, le rapport d'attribution conclut à la sélection de la requérante, après avoir constaté qu'elle a « fourni tous les documents nécessaires pour juger de [ses] capacités économiques, financières et techniques ». D'autre part, la partie adverse se limite à indiquer qu'elle serait revenue vers la requérante pour l'interroger sur ce point si elle avait été classée en première position lors de l'analyse des offres ; la partie adverse ne démontre pas, pour autant, de manière incontestable, que la requérante ne répondait pas aux critères de sélection qualitative. Enfin, la requérante a produit, en annexe du mémoire en réplique déposé dans le cadre de la procédure en annulation, une attestation de bonne exécution signée par la SA Franki (entreprise générale de construction) qui atteste que la requérante a réalisé (en sous-traitance) des « travaux [d'] aménagement cuisine complète de collectivité pour la MRS Stembert [...] », c'est-à-dire, comme l'établit à suffisance la requérante, la maison de repos Le Barcarolle dont le maître d'ouvrage (final) est le CPAS de Verviers, ce pour un montant de 530.974,22 euros HTVA. Comme la requérante le précise dans le mémoire en réplique déposé dans le cadre de la procédure en indemnité réparatrice, cette attestation correspond à la référence « CPAS Verviers Maison de repos Le Barcarolle – 2014 – cuisine complète [...] – soins de santé – 530.000 euros – Stembert » qui figurait déjà dans son offre en page 24.

La partie adverse n'établit pas, de manière incontestable, que la requérante n'était pas sélectionnable. Il ne s'agit dès lors pas d'un « élément factuel » pouvant être pris en compte pour vérifier le lien causal entre l'illégalité et le préjudice subi.

La partie adverse fait valoir, en second lieu, que la requérante ne démontre pas qu'elle aurait nécessairement remporté le marché aux motifs qu'en l'absence de l'illégalité constatée par l'arrêt d'annulation, la partie adverse aurait pu décider d'interroger à nouveau la SA GBM pour lui demander de compléter ses

justifications, conclure, à la suite de ce nouvel examen, à la normalité des prix remis ou encore décider de renoncer à attribuer le marché comme le lui permet l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Elle en déduit que la requérante n'a, du fait de l'illégalité commise, pu perdre qu'une chance de se voir attribuer le marché litigieux.

Certes, la partie adverse pouvait « si nécessaire » interroger, à nouveau, la SA GBM par écrit, comme le lui permet l'article 36, § 2, alinéa 6, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Sur la base du peu de pièces soumises au Conseil d'État, rien ne permet toutefois de considérer que, dans cette hypothèse, les nouvelles justifications remises par la SA GBM auraient conduit la partie adverse au constat de la normalité des prix pratiqués par cette société. La seule précision apportée par la partie adverse, au stade de la procédure en annulation, est que la preuve de l'adhésion de la SA GBM au réseau Eurochef peut être facilement rapportée. Toutefois, comme l'a déjà relevé l'arrêt d'annulation, cet élément « ne constitue pas la démonstration des prix d'achat particulièrement avantageux dont cette société aurait bénéficié ». En l'absence, dans le dossier, de tout autre élément relatif aux prix remis par la SA GBM, le Conseil d'État ne peut tenir compte d'hypothétiques justifications complémentaires de la SA GBM pour considérer l'éventualité que la partie adverse ait, le cas échéant, conclu à la normalité des prix proposés par cette société et lui ait tout de même attribué le marché. Dans un même ordre d'idées, l'affirmation de la partie adverse selon laquelle elle aurait pu décider d'abandonner la procédure d'attribution du marché litigieux, dans l'hypothèse où l'offre de la requérante avait été classée en première position, ne repose sur aucune pièce du dossier. Il y a lieu, à cet égard, de relever que le marché a été attribué et exécuté par la SA GBM et que la partie adverse n'est jamais revenue sur la nécessité de réaliser le marché de travaux litigieux visant à l'acquisition de matériel de cuisine pour équiper la nouvelle maison de repos Préfleuri. La partie adverse n'a, non plus, jamais soutenu que l'offre de la requérante était irrégulière ou que le prix proposé était inacceptable tandis que ce n'est qu'au niveau des prix – dont l'analyse pour ce qui concerne l'offre retenue est jugée illégale – que l'offre de la SA GBM se distingue de celle de la requérante.

Il apparaît de l'arrêt d'annulation et des pièces du dossier qu'en l'absence de l'illégalité constatée, la partie adverse n'aurait pas pu conclure à la régularité de l'offre de la SA GBM et attribuer le marché à cette dernière. Il ressort du classement des offres, contenu dans le rapport d'analyse des offres, que l'offre de la requérante était classée en deuxième position, derrière celle de la SA GBM. La régularité de l'offre de la requérante n'est pas contestée. La requérante peut, dès

lors, être suivie lorsqu'elle affirme que, sans l'illégalité commise par la partie adverse, elle aurait remporté le marché litigieux.

Il résulte des éléments qui précèdent que le lien de causalité entre l'illégalité constatée par l'arrêt d'annulation et la perte du marché est établi. Il n'y a pas lieu de considérer que la requérante a seulement perdu une chance de se voir attribuer ce marché.

Quant à l'évaluation du préjudice subi, le raisonnement proposé par la requérante ne convainc pas.

Tout d'abord, il repose sur un calcul de l'expert-comptable (pièce 8) où la réalisation du marché (options comprises) aurait représenté 16,59 % du chiffre d'affaires de l'exercice 2019. Ce pourcentage ne se vérifie toutefois pas sur la base de l'extrait de bilan que la requérante produit en annexe de son deuxième dernier mémoire (pièce confidentielle 9), où la réalisation du marché (options comprises) aurait représenté 19,89 % du chiffre d'affaires de l'exercice 2019. Se pose aussi la question de la période de référence (année 2019) alors que le montant de la commande a pu être payé en 2019 ou, plus vraisemblablement, en 2020. Il ressort, en effet, des pièces du dossier que le marché a été conclu le 8 novembre 2019 (date de notification de l'attribution du marché à la SA GBM), qu'à cette date, il était seulement annoncé que l'ordre de commencement des travaux serait donné « prochainement » et que le cahier spécial des charges prévoyait un délai d'exécution de 60 jours calendriers, que les travaux seraient payés par acomptes mensuels et que la date de début des périodes mensuelles serait la date fixée pour le commencement des travaux. Rien n'indique, de plus, que l'absorption des frais généraux en valeur absolue (pour un montant de 125.884 euros selon le rapport de l'expert-comptable) et l'évaluation du bénéfice net escompté sur le marché litigieux (« de l'ordre de 5 % ») prennent bien en compte les charges dues à la mise en place de la nouvelle cuisine, qu'aurait dû supporter la requérante si elle avait remporté le marché. Le calcul prévisionnel de la marge bénéficiaire établie par la requérante n'est pas plus convaincant (pièce confidentielle 7), à défaut de plus d'explications. Les estimations produites ne sont pas justifiées ni aucunement explicitées.

En l'absence d'estimation vérifiée contradictoirement, il convient de fixer l'indemnité à 10 % du chiffre d'affaires généré dans le cadre de l'exécution du marché litigieux. Certes, comme le relève la requérante, le législateur n'a prévu l'application d'un montant d'indemnité forfaitaire que lorsqu'un soumissionnaire est irrégulièrement évincé à l'occasion d'un marché attribué sur la base du seul critère du prix. Force est toutefois de constater qu'en fixant à 10 % l'indemnité forfaitaire

due au soumissionnaire irrégulièrement évincé (article 16, alinéa 3, 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), il a procédé à une évaluation *ex aequo et bono* du dommage subi. La circonstance que le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base de critères qualité/prix est, en règle, sans incidence sur le pourcentage de l'indemnité pouvant être obtenue. L'article 11bis des lois coordonnées, qui impose au Conseil d'État de tenir compte des intérêts publics et privés, permet le recours à une telle méthode, pour éviter de longues et coûteuses expertises qui seraient nécessaires à l'établissement du dommage exactement subi. En effet, ainsi qu'il a déjà été souligné, l'indemnité réparatrice constitue une notion autonome se distinguant en particulier de la réparation du dommage sur la base des dispositions du Code civil.

En l'espèce, un taux de 10 % sur le montant de 758.799,98 euros HTVA (montant de l'offre de la requérante 'options comprises') doit, en conséquence, être retenu, soit un montant de 75.879,99 euros.

La requérante demande, dans son écrit de procédure contenant la demande d'indemnité réparatrice, que celle-ci soit majorée des intérêts au taux légal à compter de la date de l'adoption de la décision d'attribution annulée jusqu'au complet paiement de l'indemnité. Dans son dernier mémoire, elle précise que l'indemnité réparatrice doit être augmentée des intérêts compensatoires calculés au taux légal depuis l'adoption de la décision d'attribution et des intérêts moratoires calculés au taux légal depuis la date de l'arrêt à intervenir jusqu'à complet paiement.

Les intérêts compensatoires et les intérêts moratoires sont les uns et les autres des montants destinés à réparer le préjudice résultant du paiement différé d'une créance. Les intérêts compensatoires compensent le délai qui s'écoule entre la survenance du dommage et le moment où le juge fixe le montant de la réparation, transformant ainsi une créance de valeur en une créance de somme. Les intérêts moratoires sont dus à partir de la décision de justice jusqu'au complet paiement.

La présente demande fondée sur l'article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État tend à la réparation d'un dommage résultant d'une illégalité constatée par un arrêt statuant sur un recours en annulation. Saisi d'une telle demande, le Conseil d'État peut accorder de tels intérêts lorsqu'ils sont sollicités dans la requête introductive en indemnité réparatrice.

En l'espèce, c'est la décision du 12 septembre 2019 qui a conduit à la conclusion du marché litigieux avec la SA GBM. Cette date peut être considérée comme la date de survenance du dommage. Quant aux intérêts moratoires, ils sont dus au taux légal à dater du présent arrêt jusqu'au complet paiement.

La prise en compte des intérêts publics et privés en présence en cette affaire ne justifie pas de fixer autrement que ce qui est jugé dans le présent arrêt le montant de l'indemnité réparatrice à accorder à la requérante.

V. 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.

L'octroi d'une indemnité réparatrice justifie que les autres dépens soient également mis à la charge de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Une indemnité réparatrice de 75.879,99 euros est accordée à la partie requérante, à charge de la partie adverse, augmentée des intérêts compensatoires calculés au taux légal depuis le 12 septembre 2019 jusqu'à la date du prononcé du présent arrêt, puis des intérêts moratoires calculés au taux légal à dater du présent arrêt jusqu'au complet paiement.

Article 2.

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 25 septembre 2024, par la VI^e chambre du
Conseil d'État, composée de :

Florence Piret,
Michèle Belmessieri,
Xavier Close,
Adeline Schyns,

conseillère d'État, présidente f.f.,
conseillère d'État,
conseiller d'État,
greffière.

La Greffière,

La Présidente,

Adeline Schyns

Florence Piret