

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 261.024 du 15 octobre 2024

A. 230.420/VI-21.731

En cause : **la société à responsabilité limitée
PRODUCTION RESOURCE GROUP,**
ayant élu domicile chez
M^e Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse 24
1060 Bruxelles,

contre :

la ville de Bruxelles, représentée par
son collège des bourgmestre et échevins,
ayant élu domicile chez
M^{es} France MAUSSION et
Irène MATHY, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme ARTO,
ayant élu domicile chez
M^{es} Yves SCHNEIDER et
Marie BOURGYS, avocats,
chemin de la Maison du Roi 34C
1380 Lasne.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 13 mars 2020, la partie requérante demande
l'annulation de :

- « - la délibération du Collège des Bourgmestre et Echevins de la Ville de Bruxelles
du 5 décembre 2019 d'attribuer le marché "marché public de fournitures ayant
pour objet la location, l'installation, l'entretien et les services acoustiques y
afférents de l'équipement sonores du Cirque Royal" au soumissionnaire ayant
remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du coût),
soit ARTO, boulevard de l'Europe 135 b à 1301 Wavre, aux conditions
mentionnées dans l'offre de ce candidat (le montant de commande est limité à
578.512,39 EUR hors T.V.A. ou 699.999.99 EUR, 21 % T.V.A. comprise) ;

- la décision qui s'en déduit de ne pas attribuer ce marché à la requérante ».

II. Procédure

Par une requête introduite le 31 juillet 2020, la SA Arto demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Cette intervention a été accueillie provisoirement par une ordonnance du 7 octobre 2020.

Le dossier administratif a été déposé.

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

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

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 14 mai 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 juin 2024, date à laquelle l'affaire a été remise à l'audience du 11 septembre 2024.

M. Xavier Close, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Irène Mathy, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et M^e Yves Schneider, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur, 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 juin 2019, le conseil communal de la Ville de Bruxelles décide d'approuver un cahier des charges pour un marché de fournitures « ayant pour objet la location, l'installation, l'entretien et les services acoustiques y afférents de l'équipement sonore du cirque Royal, établis par le Logistique administrative ».

Il fait le choix d'une procédure ouverte et estime le montant du marché à la somme de 600.000 euros HTVA, soit 726.000 euros TVA comprise.

2. L'avis relatif à ce marché est publié au Bulletin des adjudications (BDA) le 8 août 2019 et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) le 12 août 2019. Il décrit comme suit les prestations mises en concurrence :

« La Régie foncière de la ville de Bruxelles est en charge de la gestion du cirque Royal de Bruxelles. Ce bâtiment propose des espaces dédiés aux usagers d'une capacité d'accueil totale de 2 030 personnes, comportant une salle de spectacle transformable avec une scène fixe, deux petites salles polyvalentes, un grand hall d'accueil, deux bars et une cuisine professionnelle.

Entre 90 et 140 événements sont organisés annuellement (spectacles divers, galas associatifs, créations de spectacles ...) et entre 100 000 et 150 000 personnes sont accueillies pour les événements à l'année.

Le marché couvre 4 aspects :

- la mise à disposition du matériel: ce point comprend tant la location du matériel repris dans la note d'adaptation du plan de salle remis par le soumissionnaire, que la maintenance (éventuelles réparation) que les poses et déposes dudit matériel,
- les prestations liées à la pose et dépose de l'équipement sonore lorsque celles-ci s'avèrent nécessaires. En effet, si un événement organisé dans la salle ne requiert pas l'usage de ce matériel, l'adjudicataire veillera à désinstaller puis réinstaller celui-ci. Cette prestation comprend la dépose du matériel, son stockage, sa pose et les frais de transports et assurances y afférents.
- les prestations liées à l'ingénieur du son: lors de chaque événement pour lequel ledit matériel sera mis à disposition de la salle, l'adjudicataire devra fournir un ingénieur du son responsable [du] bon fonctionnement de celui-ci durant l'événement en question. Ces prestations feront l'objet d'un forfait à chaque intervention,
- le contrat de location dudit matériel doit prendre en compte les différents coûts d'exploitation (assurances, maintenance, réparation) liés [au] contrat et à la gestion effective dudit contrat ».

Le cahier des charges prévoit l'attribution du marché à l'offre économiquement la plus avantageuse, en fonction des quatre critères d'attribution suivants :

N°	Description	Pondération
1	Adaptation du système sonore au plan de salle	50
	<i>Il est demandé au soumissionnaire de remettre une note méthodologique permettant de mettre en lien l'adéquation entre le système sonore proposé dans sa note et le plan de salle du Cirque Royal. Le soumissionnaire doit mentionner l'équipement qu'il fournira dans le cadre du marché et décrira les qualités de ce dernier dans la configuration du Cirque Royal. La note doit permettre à l'adjudicateur de disposer d'une liste non exhaustive du matériel, incluant le type, la marques, les quantités et les performances sonores.</i>	
2	Prix de la location	30
	<i>Le prix de la location sur 5 ans doit reprendre les éléments suivants :</i> - Le coût d'acquisition du matériel (investissement initial). - Les frais d'exploitation , frais d'installation et de mise en route en ce compris les coûts, liés à une activité « humaine » (et non simplement un coût unitaire qui décroît généralement beaucoup avec le nombre de matériels utilisés) - Les frais de protection (assurance, vidéo surveillance, Incendie) - coûts de maintenance et réparation	
3	Forfait pose et dépose de l'équipement sonore	10
	<i>Il s'agit d'un forfait afférent à la pose et dépose de l'équipement sonore lorsque ce dernier n'est pas nécessaire. Le forfait comprend la dépose du matériel, son stockage, sa pose et les frais de transports et assurances y afférents.</i>	
4	Taux forfaitaire dans le cadre d'une intervention d'un ingénieur du son	10
	<i>Il s'agit d'un forfait afférent à la prestation d'ingénieur du son qui veille au bon fonctionnement du système sonore lors de chaque événement où le système sonore sera utilisé.</i>	
Pondération totale des critères d'attribution:		100

Le formulaire d'offre joint au cahier des charges invite par ailleurs les soumissionnaires à remettre un prix distinct pour trois postes (prix de la location ; forfait pose et dépose de l'équipement sonore ; taux forfaitaire dans le cadre d'une intervention d'un ingénieur du son) correspondant aux deuxième, troisième et quatrième critères d'attribution.

3. La date de remise des offres est fixée le 11 septembre 2019 à 11 heures.

4. Lors de l'ouverture des offres, il est constaté que quatre opérateurs économiques ont déposé une offre, dont la requérante.

5. Le 18 septembre 2019, un courrier est envoyé à la société ARTO, sur le fondement de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, aux fins de demander une justification concernant un prix de 0,00 euro TVAC pour le poste « forfait pose et dépose de l'équipement sonore ».

La partie adverse, qui a déposé à titre confidentiel la réponse du 21 octobre 2019 à cette demande de justification, expose à ce sujet, dans son mémoire en réponse, que la société ARTO a confirmé que les forfaits de pose et dépose de l'équipement sonore étaient bien inclus dans le prix de location et de loyer annuel prévu sur une période de 5 ans et que c'était la raison pour laquelle le montant notifié

dans ces postes est de 0 € car elle ne savait pas si elle pouvait y préciser « inclus » ou « offert ».

6. Un rapport d'examen des offres est rédigé le 3 octobre 2019. Il conclut à la non-sélection de deux soumissionnaires, et à la sélection de la société ARTO et de la requérante.

Concernant la régularité des offres, le rapport d'attribution comprend les motifs suivants :

4. Analyse de la régularité des offres des soumissionnaires sélectionnés

N°	Nom	Irrégularités substantielles ?	Irrégularités non-substantielles?	Visite¹
1	Arto	Non	Non	En ordre
4	PRODUCTION RESOURCE GROUP	Non	Non	En ordre

¹ Visite du site

Conclusion de l'examen de la régularité des offres

Les offres suivantes sont considérées comme régulières (les irrégularités éventuelles sont non-substantielles) :

N°	Nom	Motivation
1	Arto	
4	PRODUCTION RESOURCE GROUP	

S'agissant de la confrontation des offres aux critères d'attribution, le rapport contient la motivation formelle suivante, sous forme de tableau :

5. Comparaison des offres et proposition d'attribution

Comparaison des offres suivant les critères d'attribution mentionnés dans le cahier des charges

N°	Nom	Motivation	Score
Critère d'attribution N° 1: Adaptation du système sonore au plan de salle <i>Appréciation sur 50 points</i> Il est demandé au soumissionnaire de remettre une note méthodologique permettant de mettre en lien l'adéquation entre le système sonore proposé dans sa note et le plan de salle du Cirque Royal. Le soumissionnaire doit mentionner l'équipement qu'il fournira dans le cadre du marché et décrire les qualités de ce dernier dans la configuration du Cirque Royal. La note doit permettre à l'adjudicateur de disposer d'une liste non exhaustive du matériel, incluant le type, la marques, les quantités et les performances sonores.			
1	Arto		40
4	PRODUCTION RESOURCE GROUP		40

Critère d'attribution N° 2: Prix de la location <i>Appréciation sur 30 points</i> Le prix de la location sur 5 ans doit reprendre les éléments suivants : - Le coût d'acquisition du matériel (investissement initial). - Les frais d'exploitation , frais d'installation et de mise en route en ce compris les coûts, liés à une activité « humaine » (et non simplement un coût unitaire qui décroît généralement beaucoup avec le nombre de matériels utilisés) - Les frais de protection (assurance, vidéo surveillance, Incendie) - coûts de maintenance et réparation			
1	Arto	Le prix de la location sur 5 ans est de 139.150,00€ sur 5 ans.	27
4	PRODUCTION RESOURCE GROUP	Le prix de la location sur 5 ans est de 181.500,00€ sur 5 ans.	25

Critère d'attribution N° 3: Forfait pose et dépose de l'équipement sonore <i>Appréciation sur 10 points</i> Il s'agit d'un forfait afférent à la pose et dépose de l'équipement sonore lorsque ce dernier n'est pas nécessaire. Le forfait comprend la dépose du matériel, son stockage, sa pose et les frais de transports et assurances y afférents.			
1	Arto	Le forfait afférent à la pose et dépose de l'équipement sonore est de 0.00€ TVAC. Conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18/04/2017, le soumissionnaire a été interrogé sur le montant du poste relatif à la pose et dépose de l'équipement sonore. Ce dernier nous indique que le montant du présent poste est inclus dans le poste prix de l'équipement sonore. Aussi, l'adjudicateur est alors en mesure de procéder à une comparaison des offres en bon et dû forme.	9
4	PRODUCTION RESOURCE GROUP	Le forfait afférent à la pose et dépose de l'équipement sonore est de 605,00€ TVAC,	7

Critère d'attribution N° 4: Taux forfaitaire dans le cadre d'une intervention d'un ingénieur du son <i>Appréciation sur 10 points</i> Il s'agit d'un forfait afférent à la prestation d'ingénieur du son qui veille au bon fonctionnement du système sonore lors de chaque événement où le système sonore sera utilisé.			
1	Arto	Le forfait afférent à la prestation d'ingénieur du son est de 393,25€ TVAC.	7
4	PRODUCTION RESOURCE GROUP	Le forfait afférent à la prestation d'ingénieur du son est de 423,50€ TVAC	6

Le rapport conclut l'octroi des scores suivants aux deux offres en compétition :

N°	Nom	Score	Prix TVAC*	Prix HTVA*
1	Arto	83 %	139.150,00 €	115.000,00 €
4	PRODUCTION RESOURCE GROUP	78 %	181.500,00	150.000,00

Il formule dès lors la proposition d'attribuer le marché à la société ARTO, dont le « montant de commande maximal » est de 578.512,39 € HTVA.

7. Le 5 décembre 2019, le collège communal de la partie adverse décide notamment « de considérer les offres d'ARTO et PRODUCTION RESOURCE GROUP comme complètes et régulières », d' « approuver le rapport d'examen des offres du 3 octobre 2019 », de le considérer comme « partie intégrante de la présente délibération » et d'attribuer le marché « au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du coût), soit ARTO, [...]

aux conditions mentionnées dans l'offre de ce candidat (le montant de commande est limité à 578.512,39 € hors TVA ou 699.999,99 €, 21% TVA comprise) ».

Il s'agit du premier acte attaqué.

IV. Intervention

La société anonyme ARTO étant bénéficiaire de la décision d'attribution attaquée, et son intervention n'étant pas contestée, il y a lieu de l'accueillir.

V. Recevabilité

Il convient d'examiner d'office la recevabilité de la requête en ce qu'elle vise à l'annulation de la décision de ne pas attribuer le marché à la requérante, qui constitue le deuxième acte attaqué.

Un candidat ou soumissionnaire malheureux ne peut obtenir la censure du refus implicite de lui attribuer un marché que s'il démontre que celui-ci devait lui être attribué.

En l'occurrence, la requérante n'invoque dans ses écrits aucun élément concret qui permettrait d'aboutir au constat que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

La demande est donc irrecevable en ce qu'elle est dirigée contre le deuxième acte attaqué.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante soulève un premier moyen pris « de la violation de l'article 81, § 1^{er} et § 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 4, 8°, 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, de la méconnaissance de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur dans les motifs,

de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ».

Le moyen est formulé comme il suit dans la requête :

« En ce que l'acte attaqué décide d'attribuer le marché à la société ARTO pour un montant de commande maximal de 572.512,39 € [lire : 578.512,39 €] HTVA en tenant compte d'un prix de la location annuelle de 115.000 € par an, l'offre de la requérante étant de 150.000 € pour cinq ans, alors que la partie adverse ne pouvait modifier l'offre d'ARTO qui devait mentionner un prix de location sur cinq ans et non un prix annuel de la location sur cinq ans et qu'il est déraisonnable d'estimer qu'un prix de 115.000 € par an à multiplier par cinq serait plus avantageux qu'un prix global de 150.000 € pour cinq ans ».

B. Mémoire en réponse

La partie adverse estime que le moyen manque en fait.

Selon elle, l'offre de la société ARTO était bien de 115.000 euros HTVA, soit 139.150 euros TVAC. Le montant de 578.512,39 euros HTVA, mentionné dans la décision d'attribution, est un maximal de commande pour ce marché, correspondant à ce qui est prévu par le budget d'exploitation du Cirque Royal pour les exercices 2019 et suivants.

Il s'agit donc du montant maximal qui pourra être dépensé et non du montant effectif de la commande passée avec l'adjudicataire du marché.

C. Mémoire en réplique

L'argumentation en réplique de la requérante est rédigée comme il suit :

« La proposition d'attribution du marché approuvée par le Collège du 5 décembre 2019 énonce bien "le montant de commande maximal est de 578.512,39 € HTVA".

Dès lors que, au classement final des offres, il était énoncé que l'offre d'ARTO portait sur un montant de 115.000 € HTVA, et que la requérante n'a pas accès à l'offre de la société ARTO, il faut en déduire que le moyen est fondé ».

D. Mémoire en intervention

La partie intervenante rappelle les termes de la décision d'attribution, et expose une argumentation similaire à celle de la partie adverse.

E. Dernier mémoire de la partie requérante

La partie requérante ne revient pas sur le premier moyen dans son dernier mémoire.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le dispositif de la délibération du collège communal du 5 décembre 2019 est rédigé comme suit :

« Le Collège décide :
[...]

Article 4
d'approuver le rapport d'examen des offres du 3 octobre 2019.

Article 5
de considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération.

Article 6
d'attribuer le marché "Marché public de fournitures ayant pour objet la location, l'installation, l'entretien et les services acoustiques y afférents de l'équipement sonores du cirque Royal" au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du coût), soit ARTO, bvd de l'Europe, 135b à 1301 Wavre, aux conditions mentionnées dans l'offre de ce candidat (le montant de commande est limité à 578.512,39 € hors TVA ou 699.999,99 €, 21% TVA comprise) ».

Le rapport d'attribution, qui fait partie intégrante de cette délibération, comporte par ailleurs le classement final et la « proposition d'attribution du marché » suivants :

Classement final des offres régulières (classées d'après le score total)

N°	Nom	Score	Prix TVAC*	Prix HTVA*
1	Arto	83 %	139.150,00 €	115.000,00 €
4	PRODUCTION RESOURCE GROUP	78 %	181.500,00	150.000,00
			€	€

* Montants contrôlés

PROPOSITION D'ATTRIBUTION DU MARCHÉ

Sur base de la sélection qualitative des soumissionnaires, de l'analyse de la régularité des offres et de la comparaison de celles-ci, il est suggéré d'attribuer le marché à l'entreprise ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du coût), soit Arto, bvd de l'Europe, 135b à 1301 Wavre.

Le montant de commande maximal est de 578.512,39 € HTVA.

Ces deux documents, qui contiennent ensemble les motifs formels de la décision d'attribution, permettent de comprendre que le marché a été attribué à la société ARTO « aux conditions mentionnées dans son offre » – soit au prix de location de 115.000,00 euros HTVA pour la durée du marché – et que la commande maximale, sur la durée du marché, sera strictement limitée à une somme de 578.512,39 euros. La partie adverse précise à cet égard, sans être contredite, que ce montant correspond simplement au budget prévu pour le Cirque Royal sur la période de 60 mois concernée.

Le premier moyen, qui repose sur l'affirmation que l'offre de la société ARTO aurait été modifiée par la décision d'attribution, manque en fait.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèse des parties

A. Requête en annulation

La requérante soulève un deuxième moyen pris « de la violation de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 4, 8°, 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, de l'erreur et de la contradiction dans les motifs, de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'excès de pouvoir ».

Elle développe son argumentation de la manière suivante dans sa requête en annulation :

« En ce que l'acte attaqué, se référant au rapport d'examen des offres, ne vérifie pas le prix offert par ARTO pour la location (critère n° 2, 139.150 €) pour lequel la requérante avait offert 181.500 € et vérifie le forfait pose et dépose de l'équipement sonore (critère d'attribution n° 3) là où le forfait proposé par ARTO est de 0 € et celui proposé par la requérante de 605 € ;

Qu'après vérification relative au forfait (critère d'attribution n° 3), l'acte attaqué décide de la justification selon laquelle le montant du poste n° 3 est inclus dans le poste "prix de l'équipement sonore", de sorte que "l'adjudicateur est alors en mesure de procéder à une comparaison des offres en bonne et due forme",

Alors que le "forfait afférent à la pose et dépose de l'équipement sonore" qui comprend "la dépose du matériel, son stockage, sa pose et les frais de transports et assurances y afférents" n'est évidemment pas compris dans le prix de la location qui doit reprendre les éléments "le coût d'acquisition du matériel (investissement

initial), les frais d'exploitation, frais d'installation et de mise en route en ce compris les coûts liés à une activité humaine, les frais de protection, les coûts de maintenance et de réparation”,

Et qu’aucune vérification de prix ne fut effectuée s’agissant du “prix de la location” (critère d’attribution n° 2) alors même que le prix offert par ARTO était de plus de 23 % inférieur à celui – déjà très avantageux – offert par la requérante ;

Et que cette vérification s’imposait d’autant plus qu’ARTO avait prétendu que le forfait dont question au critère d’attribution n° 3 était déjà compris dans le prix de la location offert (critère d’attribution n° 2).

Et que les justifications données par la société ARTO s’agissant du critère d’attribution n° 3, selon lequel le forfait est déjà repris dans le prix de la location (critère d’attribution n° 2) ne pouvaient être acceptées dans la mesure où elles n’énoncent pas le montant du forfait et, au surplus, ont pour effet de modifier l’offre en affirmant qu’un forfait de pose et de dépose de l’équipement sonore est compris dans le prix de la location qui ne comprend pas ce poste ».

B. Mémoire en réponse

La partie adverse indique avoir interrogé la société ARTO sur la normalité du prix de son offre concernant le poste « forfait pose et dépose de l’équipement sonore », et avoir été satisfaite de la réponse selon laquelle le prix de ce poste était compris dans le poste « prix de location » de l’équipement sonore. Elle estime, en toute hypothèse, que le prix de ce poste était négligeable.

Elle affirme que le moyen est aussi irrecevable à défaut d’intérêt. Elle expose qu’elle « n’aurait d’autre choix que de considérer l’offre d’ARTO comme régulière et, compte tenu de sa cotation plus avantageuse au regard des différents critères d’attribution, de lui attribuer à nouveau le présent marché ».

Concernant l’absence de demande de justification des prix pour le poste « prix de la location », la partie adverse rappelle disposer d’un très large pouvoir discrétionnaire pour apprécier la nécessité d’interroger un soumissionnaire sur la normalité de ses prix, et pour juger de la pertinence des justifications fournies. La seule existence d’un écart de 23 % ne lui imposait ni de procéder à une demande de justification du prix en question, ni *a fortiori* de déclarer le prix anormal.

La partie adverse rappelle ne pas devoir spécialement motiver sa décision en la forme lorsqu’elle estime qu’un prix ne présente aucun caractère anormal, pour autant que le dossier permette de vérifier qu’une vérification des prix a bien eu lieu. À son estime, la partie requérante ne démontre pas qu’elle aurait commis une erreur manifeste d’appréciation à cet égard, ni qu’il aurait été manifestement déraisonnable de ne pas interroger la société ARTO quant au prix de ce poste.

C. Mémoire en réplique

La requérante rappelle la manière dont le cahier des charges explique les critères d'attribution respectivement consacrés au poste « prix de la location » et au poste « forfait pose et dépose de l'équipement sonore ». Elle rappelle les montants remis par la société ARTO et par elle-même pour ces deux postes, et affirme qu'« accepter qu'une justification de prix énonce que dans l'offre, le prix d'un poste est compris dans le prix d'un autre poste, sans que l'offre ne l'énonce, c'est accepter que l'offre soit modifiée ».

Selon elle « à l'évidence, le prix offert de 0 € pour un poste est nécessairement anormalement bas ». Elle relève qu'il n'y a pas eu de décision de l'autorité sur le caractère négligeable du poste.

Elle soutient que les affirmations de la partie adverse au sujet de la fréquence peu élevée d'utilisation de la prestation « forfait pose et dépose de l'équipement sonore » ne se trouvent pas dans la motivation formelle de l'acte attaqué et ne peuvent être vérifiées dans le dossier administratif, de sorte qu'elles ne peuvent être retenues.

La requérante rappelle ensuite qu'en application de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 la vérification des prix et des coûts concerne tous les marchés et est obligatoire. Même si le pouvoir adjudicateur exerce un large pouvoir d'appréciation dans cette vérification, il doit opérer cette vérification et le dossier administratif doit le démontrer.

Face à la différence de prix de plus de 23 % entre les deux offres, « le pouvoir adjudicateur devait au moins s'interroger sur la justification du prix de 139.150 € et le cas échéant il devait demander des explications à ARTO à cet égard », ce qu'il n'a pas fait. À son estime, ni la décision d'attribution, ni le dossier administratif ne démontreraient que le pouvoir adjudicateur « a vérifié si les postes pour lesquels les prix s'avéraient anormaux dépassaient ou non le seuil permettant de les qualifier de “non-négligeables” ».

D. Mémoire en intervention

La partie intervenante souligne que le moyen n'est pas pris de la violation de l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017, et que la requête n'affirme pas que l'offre de

l'intervenante serait affectée d'une irrégularité substantielle. Elle estime dès lors que le moyen ne doit être examiné qu'au regard des dispositions de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 et des articles 35 et 36 de l'AR du 18 avril 2017, seuls visés au moyen.

Selon elle, il n'est pas contestable que la partie adverse a examiné le prix du poste « forfait pose et dépose de l'équipement sonore », puisque la partie adverse l'a interrogée par courrier du 10 octobre 2019.

Elle souligne que l'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 autorise le pouvoir adjudicateur à ne pas interroger un soumissionnaire lorsqu'un prix apparemment anormalement bas est négligeable. Selon elle, tel est le cas du poste « forfait pose et dépose de l'équipement sonore », compte tenu de son faible montant et du fait que le cahier des charges prévoit que les prestations de ce poste ne doivent avoir lieu que si « elle s'avèrent nécessaires ». À ce dernier égard, la partie intervenante considère qu'il s'agit d'un « poste complémentaire » qui, « en fonction des événements organisés, [...] pourrait ne jamais être mis en œuvre ».

La partie intervenante estime que, dans ce contexte, l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 n'a pu être violé et que, au contraire, écarter l'offre de la requérante en raison d'un poste négligeable aurait constitué une violation de cet article. Ceci, à son estime, devrait amener à considérer « que la requérante ne justifie pas, sous cet angle, d'un intérêt à son deuxième moyen et que celui-ci est donc, sur ce point, irrecevable ».

La partie intervenante estime qu'un prix de zéro euro ne pourrait être considéré comme anormal qu'après avoir examiné concrètement la justification du prix. Elle explique les diverses circonstances du marché qui justifient en l'espèce et à son estime un prix de zéro euro :

- « [...] lorsque les coûts d'exploitation du système de sonorisation sont intégrés au prix de location de la salle, il est très rare, voire anecdotique, pour un prestataire de devoir enlever et désinstaller son matériel à la demande d'un organisateur d'événement, et ce pour les motifs suivants :
- le matériel exigé dans le cahier des charges est un matériel de “dernière génération” qui doit être “prêt à accueillir des productions et tournées nationales et internationales” ; en outre, il doit s'agir d'un “système de diffusion de son destiné à des spectacles diversifiés (chant, danse, musique, théâtre, humour)” (voyez : cahier des charges) ;
 - l'installation du matériel est faite suivant les recommandations du bureau d'études et de développement de la marque des haut-parleurs ;
 - Installer un autre système demandera souvent de la main d'œuvre supplémentaire car le matériel n'est pas spécialement conditionné dans une configuration pour la salle en question (cirque royal), ce qui impliquera *in fine* un surcoût pour l'organisateur de spectacle sans pour autant lui procurer un

avantage ou un bénéfice puisque le matériel déjà en place est déjà très performant et adapté à la configuration des lieux ».

La partie intervenante signale, pour appuyer son argumentation, que dans le cadre de l'exécution du contrat, il ne lui a jamais été demandé, au jour du dépôt du mémoire en intervention, de démonter son matériel.

Elle affirme que le surcoût de fonctionnement que pourraient générer les prestations éventuelles prévues au poste « forfait pose et dépose de l'équipement sonore » est insignifiant par rapport au montant total du contrat et aux services déjà demandés au poste « prix de la location », et que les prestations concernées sont très peu importantes et peuvent être rapidement effectuées par le technicien présent en exécution du poste principal du marché.

Au sujet de l'absence de contrôle du prix de la location, la partie intervenante rappelle que les pouvoirs adjudicateurs disposent d'un large pouvoir d'appréciation, tant pour apprécier la nécessité d'interroger un soumissionnaire sur la normalité de ses prix que pour juger de la pertinence des justifications fournies par celui-ci, le Conseil d'État ne pouvant décider si un prix est anormal ou non, mais seulement rechercher si le pouvoir adjudicateur a éventuellement commis une erreur manifeste d'appréciation à ce propos. En l'espèce, le fait que le prix de l'intervenante s'écarte de 23 % du prix de la requérante n'implique pas que ce prix présenterait une apparence d'anormalité, la requérante n'apportant aucun élément qui permettrait de considérer que le prix remis par l'intervenante pour le poste « location » serait anormalement bas et ne déposant aucune pièce qui permettrait de considérer que le prix remis ne permettrait pas d'assurer une exécution conforme aux documents du marché. Au contraire, c'est à son estime « plutôt le prix de la requérante qui est, pour cette prestation, anormalement élevé ».

Enfin, elle souligne qu'une motivation formelle n'est pas nécessaire lorsque le prix d'un soumissionnaire est jugé normal ou régulier, de sorte que la partie adverse pouvait se limiter, dans sa décision d'attribution, à déclarer l'offre de la requérante régulière.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Tel qu'il est exposé dans la requête, le moyen comprend deux griefs distincts.

Dans un premier grief, la requérante affirme qu'aucune vérification n'a

été effectuée quant au prix du poste « prix de la location », alors qu'une telle vérification était obligatoire et que le prix offert par la partie intervenante était inférieur de 23 % au sien.

L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de procéder à la vérification des prix des offres et lui permet de demander aux soumissionnaires les indications nécessaires à cette fin.

L'objectif de la réglementation sur le contrôle des prix est double : d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que les prix proposés garantissent une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires et 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 qui y sont contraires 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.

Les articles 33, 35 et 36, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques précisent la manière dont la vérification des prix et des coûts doit s'opérer. Le contrôle se déroule en deux étapes. Suivant l'article 33, « [...] le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36 ». La première étape est obligatoire ; il s'agit de vérifier tant les montants globaux des offres que les prix et les coûts unitaires qu'elles contiennent. Le pouvoir adjudicateur peut, dans ce cadre, inviter les soumissionnaires à fournir toute information nécessaire (article 35). Il n'est procédé à l'examen visé à l'article 36 (deuxième étape) que si la vérification préalable, effectuée comme le prescrit l'article 35, révèle, aux yeux du pouvoir adjudicateur, des prix ou des coûts apparemment anormalement bas ou élevés.

Dans le cadre de la vérification des prix et des coûts, visée à l'article 35, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation, tant dans le choix de la méthode de vérification des prix ou des coûts que pour considérer, au terme de celle-ci, que certains prix ou coûts lui semblent anormalement bas ou élevés. Par ailleurs, il n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de la décision d'attribution du marché la raison pour laquelle un prix proposé ne présente, à son estime, aucun

caractère anormal. Toutefois, il doit ressortir de cette décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix et coûts, exigée par cette disposition. Si la détermination des prix s'avère complexe, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer d'être en possession de l'ensemble des éléments utiles lui permettant de comprendre les prix proposés et de vérifier concrètement leur normalité. Le Conseil d'État ne peut substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des motifs qui ont justifié la décision du pouvoir adjudicateur et de censurer une appréciation manifestement déraisonnable.

En l'occurrence, la motivation formelle contenue dans le rapport d'attribution – à laquelle se réfère l'acte attaqué – et le dossier administratif démontrent que la partie adverse a procédé à la vérification du prix unitaire remis par la partie intervenante pour le poste « forfait pose et dépose de l'équipement sonore ».

L'examen de ce prix, dans le cadre d'un marché ne comportant que trois postes, permet en l'espèce de confirmer que la partie adverse a bien procédé à une vérification concrète des prix et qu'elle a décidé, à la suite de cette vérification, de demander, sur le fondement de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, à la partie intervenante de ne justifier que l'un de ses prix.

La partie adverse n'était pas tenue d'indiquer dans la motivation formelle de son acte les raisons pour lesquelles les prix unitaires des deux autres postes n'étaient pas, à son estime, apparemment anormaux. Il ressort pour le surplus du dossier administratif que les prix remis par les deux soumissionnaires pour le poste « taux forfaitaire dans le cadre d'une intervention d'un ingénieur du son » étaient similaires.

En mentionnant simplement le pourcentage d'écart qui existe entre le prix de son offre et celui de la partie intervenante pour la location de l'équipement sonore, et en affirmant que son propre prix était « déjà très avantageux », la requérante ne démontre par ailleurs pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en s'abstenant de demander à la partie intervenante de justifier également le prix remis pour le poste concerné.

Le premier grief de la requérante ne peut être suivi.

Le grief formulé en deuxième lieu doit se comprendre en ce sens que la requérante affirme que les justifications de prix de la société ARTO ne pouvaient être

acceptées « dans la mesure où elles n'énoncent pas le montant du forfait et, au surplus, ont pour effet de modifier l'offre en affirmant qu'un forfait de pose et de dépose de l'équipement sonore est compris dans le prix de la location qui ne comprend pas ce poste ».

Le formulaire d'offre de la société ARTO mentionnait clairement que le montant réclamé pour le poste « forfait pose et dépose de l'équipement sonore » était de « 0.00 € ». Contrairement à ce que semble affirmer la requérante, il n'était dès lors nullement utile, à supposer que cela ait été requis en droit, que cette société précise à nouveau le montant de ce forfait dans la justification de son prix.

En indiquant par ailleurs dans la justification de son prix « que le montant du [...] poste est inclus dans le poste prix de l'équipement sonore », la partie intervenante a clairement exprimé que le prix remis pour le poste « prix de la location » couvrait à suffisance les prestations prévues pour le poste « frais pose et dépose de l'équipement sonore », ce que la requérante constate, sans toutefois en tirer argument. Ce faisant, elle n'a nullement modifié son offre. L'affirmation en sens contraire de la requérante manque en fait.

Le deuxième grief de la requérante ne peut donc être suivi.

Pour le surplus, le grief selon lequel « le prix offert de 0 € pour un poste est nécessairement anormalement bas » est irrecevable, puisqu'il n'est formulé par la requérante qu'au stade de son mémoire en réplique, alors qu'il pouvait l'être dans la requête.

Sans qu'il soit besoin d'examiner l'exception d'irrecevabilité du moyen soulevée par la partie adverse dans son mémoire en réponse, le deuxième moyen est non fondé.

VIII. Troisième moyen

VIII.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante soulève un troisième moyen pris « de la violation de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ».

Elle développe son moyen comme il suit :

« En ce qu'à la connaissance de la requérante, la société ARTO exerce des prestations relatives à l'équipement sonore du Cirque Royal depuis sa réouverture, à la fin 2018, sans que d'autres, et notamment la requérante, aient pu poser leurs candidatures pour effectuer de telles prestations ; que la société ARTO a déjà pu louer ou acquérir le matériel nécessaire et placer le matériel de sonorisation.

Alors que les principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité sont applicables aux marchés publics et imposent aux pouvoirs adjudicateurs de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et d'agir de manière transparente et proportionnée,

Que ces principes s'opposent à ce qu'en fait, avant le lancement d'un marché public, un prestataire effectue des prestations semblables ou identiques à celles qui feront l'objet du marché et bénéficie, de la sorte, d'un avantage concurrentiel par rapport à tous les autres candidats soumissionnaires ».

B. Mémoire en réponse

La partie adverse expose « qu'elle n'a à aucun moment fait appel à la société ARTO pour les spectacles qui ont eu lieu depuis qu'elle a repris l'exploitation du Cirque Royal (septembre 2018) et jusqu'à l'attribution du présent marché. Ceci n'empêche pas que certains organisateurs de spectacles ayant loué le Cirque Royal aient fait appel, comme il leur était parfaitement loisible de le faire, à la société ARTO pour les prestations de son et/ou lumière liées à leurs événements ».

En droit, la partie adverse soutient que la requérante se méprend sur la portée des principes énoncés par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016. Selon elle, rien n'interdit que l'opérateur économique qui a déjà eu l'occasion de prester les services visés par le marché participe à leur remise en concurrence. Elle souligne par ailleurs qu'au jour de la passation du marché, aucun matériel faisant l'objet de celui-ci n'était déjà installé au Cirque Royal.

C. Mémoire en réplique

La requérante « maintient que la société ARTO effectue depuis le second semestre de l'année 2018, au Cirque Royal, de très nombreuses prestations en matière de sonorisation et d'éclairage ». Elle demande qu'il soit procédé aux mesures d'instruction suivantes :

« - faire déposer par la partie adverse et par la partie intervenante le nombre d'événements sonorisés ou éclairés par ARTO depuis la réouverture du Cirque Royal jusqu'à l'attribution du marché litigieux ;

- qu'il soit vérifié si, entre ces événements et manifestations, le matériel d'ARTO pouvait rester au Cirque Royal et quelles autorisations lui auraient été données à cet égard ».

Enfin, la requérante soutient qu'il ne s'agit pas « d'autoriser le cocontractant sortant à déposer une offre et à participer au marché mais bien de permettre à un opérateur de remettre offre alors que cet opérateur, sans appel préalable à la concurrence, a été, en fait, à même d'effectuer avant l'attribution du marché des prestations identiques à celles que le marché prévoit ».

D. Mémoire en intervention

La partie intervenante confirme, en fait, qu'elle n'a jamais été désignée attributaire par la partie adverse dans le cadre d'un marché similaire depuis le mois de septembre 2018. Elle conteste également le moyen en droit, selon une argumentation similaire à celle exposée par la partie adverse.

E. Dernier mémoire de la partie requérante

Dans son dernier mémoire, la partie requérante réitère en substance, la position de son mémoire en réplique.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen repose sur l'affirmation que la société ARTO, partie intervenante, avait déjà été désignée par le passé par la partie adverse pour accomplir des prestations identiques à celles faisant désormais l'objet du marché.

La partie adverse le conteste. Elle explique, en substance que, jusqu'à la présente procédure d'attribution, elle n'avait jamais elle-même désigné un prestataire pour les services concernés, qu'un tel prestataire était choisi par les organisateurs d'événements eux-mêmes, et que ceux-ci recouraient parfois, s'ils le souhaitaient, à la société ARTO.

La partie intervenante confirme les affirmations de la partie adverse à cet égard.

La requérante ne dépose aucune pièce de nature à établir le fondement de son moyen en fait, alors même que celui-ci est contesté de manière circonstanciée par la partie adverse et par la partie intervenante.

En l'absence de toute pièce susceptible d'appuyer les affirmations de la partie requérante, il n'y a pas lieu d'ordonner la mesure d'instruction qu'elle sollicite, et il convient au contraire de considérer que le moyen manque en fait.

La requérante n'invoque par ailleurs, à l'appui du moyen, que l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, qui consacre dans cette matière les principes d'égalité, de transparence et de proportionnalité.

Ces principes n'autorisent pas un pouvoir adjudicateur, ni *a fortiori* ne le contraignent, à exclure l'opérateur économique titulaire d'un marché dans le cadre de sa remise en concurrence.

Le troisième moyen, qui suggère le contraire, manque également en droit.

IX. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure au montant de base. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

Le rejet de la requête justifie par ailleurs que les autres dépens soient laissés à la requérante, à l'exception de ceux liés à l'intervention, lesquels doivent être laissés à la partie intervenante.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

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

Article 2.

La requête est rejetée.

Article 3.

La partie requérante 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 adverse.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 15 octobre 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,
Xavier Close,
Aurélien Vandeburie,
Nathalie Roba

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

La greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy